

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**O INQUÉRITO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS
SUBJETIVOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E COLETIVOS**

ALOYR DIAS LACERDA

Vitória
2012

ALOYR DIAS LACERDA

**O INQUÉRITO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS
SUBJETIVOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E COLETIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior.

UFES

Vitória, fevereiro de 2012

ALOYR DIAS LACERDA

**O INQUÉRITO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS
SUBJETIVOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E COLETIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, sem o qual nenhuma das empreitadas de minha existência seria possível.

À minha família, que sempre esteve ao meu lado apoiando e incentivando o aprofundamento de meus estudos. Os momentos de lazer roubados de meus familiares e de minha querida esposa Adriane foram o preço a ser pago para a concretização desse trabalho. Agradeço imensamente pela sua paciência. Em especial, agradeço a meu irmão Allan Dias Lacerda, já mestre em direito processual civil por essa universidade, pelas longas e profícuas discussões acadêmicas travadas durante esses últimos dois anos, e que muito contribuíram na elaboração deste trabalho.

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr., responsável pela minha iniciação na vida acadêmica. Suas orientações, indicações bibliográficas (que incluíam o empréstimo de livros raros) e ponderações rigorosas e honestas sobre meu trabalho foram fundamentais para sua elaboração. Agradeço ainda sua sincera amizade.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Posso citar, dentre outros, o Prof. José Pedro Luchi, com quem tive o prazer de participar de grupos de estudo sobre Habermas. Agradeço, ainda, especialmente, aos Profs. Marcelo Abelha Rodrigues e Marcellus Polastri Lima, pelas inestimáveis observações realizadas por ocasião da Banca de Qualificação, e que muito me auxiliaram na elaboração da redação final da dissertação. Não poderia também deixar de agradecer ao Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, por ter tão gentilmente aceitado o convite para participar da banca de avaliação final da dissertação, apesar de seus numerosos afazeres no Estado do Rio de Janeiro.

Finalmente, agradeço aos colegas do Programa de Mestrado em Direito, sem os quais essa caminhada teria sido muito mais árdua, e não tão proveitosa.

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos de remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedentes¹.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, n. 74, abr./jun., 1994, p. 97.

RESUMO

A presente dissertação busca analisar o inquérito civil, como instrumento a ser utilizado pelo Ministério Público para a concretização de seus deveres-poderes, com a finalidade de garantir a efetividade dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos. Sendo assim, a pesquisa inicia expondo a gênese da noção de direito subjetivo, e as diversas teorias desenvolvidas sobre o tema, culminando com a adoção de um conceito de direito subjetivo fundado em uma “situação jurídica complexa”, ou “permissão especial de aproveitamento” concedida pelo ordenamento jurídico. Dentro dessa visão, pode o direito subjetivo ser subdividido em três espécies: direitos-prestação, direitos potestativos e direitos-deveres (ou deveres-poderes). Em seguida, foi analisado o desenvolvimento histórico do Ministério Público, como instituição que se forjou como defensora da ordem jurídica desde o período pré-democrático, mas que atingiu o pleno amadurecimento apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, quando teve seus poderes ampliados, e sua função direcionada para a defesa da sociedade e do regime democrático. Uma maior efetividade do Ministério Público no cumprimento de sua missão constitucional só poderá ser atingida, contudo, através de uma atuação democrática de seus membros, que deverão buscar um maior contato com a sociedade civil, visando conhecer seus problemas mais urgentes, a fim de ser traçado um plano de metas institucional a ser perseguido. Esse ambiente democrático de resolução de litígios poderá ocorrer no âmbito do inquérito civil - principal instrumento a ser utilizado pelos membros do Ministério Público no cumprimento de suas atribuições constitucionais. Tal instrumento deve ser cada vez mais “processualizado”, com a adoção do contraditório sempre que não houver prejuízo para as investigações. Ao final, foi analisada a dinâmica do inquérito civil, em suas fases de instauração, instrução e conclusão, tendo sido tecidos alguns comentários acerca de questões controversas que por vezes surjem durante o desenvolvimento das investigações extrajudiciais do Ministério Público.

Palavras chaves: inquérito civil – Ministério Público – direito subjetivo – deveres-poderes – processualização – contraditório — democracia – dinâmica procedimental.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the civil investigation, as a tool to be used by Public Attorney to the achievement of their duties-powers, in order to ensure the realization of the unalienable and fundamental rights. Thus, the investigation starts exposing the genesis of the concept of rights, and the various theories developed on the theme, culminating in the adoption of a concept of rights established in a "complex legal situation," or "special permission to use" granted by law. In this view, the rights can be subdivided into three species: performance rights, potestative rights and duties rights (or duties powers). Next, was analyzed the historical development of Public Attorney as an institution that was created as a defender of the law since the pre-democratic period, but that reached full maturity only with the advent of the Constitution of 1988, when its powers were extended and its function guided to the protection of society and the democratic regime. Increased effectiveness of Public Attorney in carrying out its constitutional mission can only be achieved, however, through democratic actions, searching for an effective contact with civil society, to know their most urgent problems, in order to trace a plan of institutional goals to be pursued. This democratic environment of litigation resolution can be reached in the civil investigation – the most important tool to be used by the Public Attorney to fulfill its constitutional responsibilities. This requires the “processualization” of civil investigation, with the adoption of the adversary system, when it doesn’t moot the investigations. Finally, was analyzed the dynamics of the civil investigation, in its phases of initiation, investigation and conclusion, with few comments about controversial issues that often arise during the extrajudicial investigations developed by the Public Attorney.

Keywords: civil investigation - Public Attorney – rights – duties-powers.
“processualization” – adversary system – democracy – procedural dynamic.

Ficha catalográfica - Biblioteca Central / UFES.

Lacerda, Aloyr Dias. 1981 -

O inquérito civil como instrumento de atuação do Ministério Público na defesa dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos / Aloyr Dias Lacerda – Vitória, 2012.

T/UFES

172p.

Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Programa de Pós graduação em Direito Processual Civil.

1. Inquérito Civil. 2. Direito subjetivo. 3. Direito Processual Civil. 4. Direito Processual Coletivo. I. Zaneti Júnior, Hermes de. (orient.) II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Mestrado em Direito Processual Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – O DIREITO SUBJETIVO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA E PERMISSÃO ESPECIAL DE APROVEITAMENTO: DA FEIÇÃO ESTÁTICA-PRIVATISTA À FEIÇÃO DINÂMICA-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS.....	15
1. A GÊNESE DO DIREITO SUBJETIVO SEGUNDO GUILHERME DE OCKHAM	15
2. TEORIAS DO DIREITO SUBJETIVO	17
2.1 Teoria negativa de León Duguit	17
2.2 Teoria da vontade de Windscheid.....	18
2.3 Teoria do interesse de Ihering.....	21
2.4 Teoria mista ou eclética	23
2.5 Teoria da pertença e domínio de J. Dabin.....	25
3. O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE DIREITO SUBJETIVO: O DIREITO SUBJETIVO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA OU PERMISSÃO ESPECIAL DE APROVEITAMENTO	28
4. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO SUBJETIVO E PROCESSO	35
5. OS DIREITOS SUBJETIVOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E OS DIREITOS SUBJETIVOS COLETIVOS COMO OBJETO DO INQUÉRITO CIVIL	41
CAPÍTULO II – O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA DOS DIREITOS SUBJETIVOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E DOS DIREITOS SUBJETIVOS COLETIVOS.....	46
1. ORIGEM HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO	46
2. A CONSTRUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO POLÍTICA.....	48
2.1 A expansão das atribuições do Ministério Público no período pré-democrático .	48
2.2 O perfil do Ministério Público no Estado Democrático de Direito: a conquista da maioria institucional.....	52

3. O INQUÉRITO CIVIL COMO AMBIENTE PROPÍCIO AO DESENVOLVIMENTO DO DEBATE DEMOCRÁTICO..... 55

3.1 Em busca de uma atuação extrajudicial democrática do Ministério Público..... 55

3.2 A prioridade da atuação preventiva do Ministério Público 59

3.3 A atuação do Ministério Público como instituição de garantia 61

3.3.1 O conflito entre a independência funcional e o planejamento institucional.. 67

3.3.2 O princípio da oportunidade na atuação do Ministério Público na tutela coletiva 70

CAPÍTULO III – A PROCESSUALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 73

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À ORGANIZAÇÃO E AO PROCEDIMENTO 73

2. A NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO CIVIL: PROCEDIMENTO OU PROCESSO ADMINISTRATIVO? 79

2.1 O contraditório como valor-fonte do processo democrático..... 79

2.2 A natureza jurídica do inquérito civil e sua tendência à processualização 81

2.3 A valoração probatória em juízo dos elementos coligidos no curso do inquérito civil 85

2.4 O sigilo no inquérito civil 94

2.5 A finalidade do inquérito civil no paradigma da resolução extrajudicial dos conflitos 101

CAPÍTULO IV – A DINÂMICA DO INQUÉRITO CIVIL NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO, NO PROJETO DE LEI Nº 5.139/09 E NOS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO 112

1. FASE DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL 114

1.1 Modos de instauração 115

1.2 Atribuição para instauração do inquérito civil..... 118

1.3 A necessidade de delimitação do objeto de investigação 122

1.4 Efeitos da instauração 126

1.5 Procedimento administrativo preliminar 127

1.6 Remédios contra a instauração do inquérito civil	128
2. FASE DE INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL	131
2.1 Os deveres-poderes do Ministério Público no Inquérito Civil	131
2.2 O problema do custeio da realização das perícias	134
2.3 Provimentos judiciais incidentais, antecipatórios e cautelares no curso do inquérito civil	138
2.4 A possibilidade de utilização dos deveres-poderes pelo Ministério Público no curso do processo	140
3. FASE DE CONCLUSÃO DO INQUÉRITO CIVIL	142
3.1 Prazo para conclusão e princípio da duração razoável do processo	142
3.2 O compromisso de ajustamento de conduta	143
3.3 O arquivamento do inquérito civil	149
3.4 Desarquivamento do inquérito civil e necessidade de prova nova	151
CONCLUSÕES.....	153
REFERÊNCIAS	161

INTRODUÇÃO

O Ministério Público é uma instituição que vem crescendo em importância nas últimas décadas, em decorrência dos contornos que tomou após o advento da Constituição Federal de 1988, e da missão que lhe foi confiada: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Para o cumprimento de suas atribuições com independência, o constituinte cercou os membros do Ministério Público de uma série de direitos, deveres, garantias e vedações.

A missão é gigantesca, pois tal instituição possui o dever de atuar em praticamente todos os quadrantes da vida social. O que se pode sentir é que, após o período do autoritarismo dos militares, o constituinte precisava de uma instituição que servisse à defesa da sociedade, localizada no arranjo constitucional além dos limites dos poderes, a fim de garantir a estabilidade do regime democrático e impedir um crescimento desmedido do Poder Executivo, que pudesse mais uma vez colocar em risco os pilares da democracia.

Mas se a tarefa é grande, é preciso que sejam conferidos ao trabalhador os instrumentos adequados. E isso foi feito. O constituinte cercou o Ministério Público de uma série de poderes e instrumentos, alargando seu campo de atuação. Alguns já possuíam previsão em nível de lei ordinária, embora a nova “roupagem constitucional” tenha lhes imprimido nova feição e eficácia.

Dentre esses instrumentos encontra-se o inquérito civil. Trata-se de procedimento administrativo, de caráter extrajudicial, destinado a coligir provas e elementos de convicção para fundamentar a *opinio* e a atuação extrajudicial ou judicial do membro do Ministério Público.

É um instrumento poderoso, que pressupõe uma utilização responsável, a fim de evitar um manejo desvirtuado em sua finalidade, que possa atingir indevidamente a esfera jurídica de pessoas físicas ou jurídicas que porventura sejam objeto de investigação.

A importância de seu estudo justifica-se por ser ele o principal instrumento a ser utilizado pelo Ministério Público para o cumprimento de suas atribuições constitucionais, principalmente no que tange à sua atuação na esfera coletiva e na defesa dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos.

Tais direitos, se pertencentes à coletividade, são considerados direitos subjetivos coletivos. Caso pertençam a um indivíduo, são considerados direitos subjetivos individuais, que devem ser revestidos pela característica da indisponibilidade para que o *Parquet* possa atuar em sua defesa.

Por aí se constata que os direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos são o objeto que devem receber especial proteção e tutela do Ministério Público, através da utilização responsável de seus poderes e prerrogativas, que serão materializados no ambiente do inquérito civil.

Nesse sentido, a pesquisa inicia-se, em seu capítulo I, com a imprescindível análise do direito subjetivo: sua gênese e as principais teorias que buscam definir seus contornos. Trata-se de conceito fundamental, em torno do qual gravita a Ciência Jurídica, embora a maior parte dos estudiosos não utilize um rigor científico adequado ao empregar o termo “direito subjetivo”. A ausência de um cuidado especial em especificar sob qual marco teórico se concebe o direito subjetivo pode gerar sérias controvérsias e confusões no momento da utilização desse termo.

Após a análise das teorias tradicionais, será destacado sobre qual marco teórico o presente trabalho tratará o termo “direito subjetivo”, e quais as implicações decorrentes dessa tomada de posição.

Ainda no primeiro capítulo, demonstrar-se-á a importância do estudo do direito subjetivo para a ciência processual, destacando-se as diversas relações existentes entre o direito subjetivo e o processo.

Finalmente, os direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos serão apresentados como objeto de atuação específica do Ministério Público, concretizada por meio da utilização de seu principal instrumento: o inquérito civil.

No entanto, antes de adentrar a análise do inquérito civil, como instrumento utilizado pelo Ministério Público para garantir a efetividade dos direitos subjetivos

individuais indisponíveis e coletivos, será realizado um estudo do próprio Ministério Público, como instituição. Esse será o objeto do capítulo II.

Inicialmente, a instituição será surpreendida em sua evolução histórica, ressaltando-se a sua construção como defensora da ordem jurídica já desde o período pré-democrático, e o amadurecimento institucional ocorrido após o advento da Constituição Federal de 1988.

Ao serem analisados os contornos assumidos pelo Ministério Público no Estado Democrático de Direito, verificar-se-á se os seus membros podem ou não ser considerados agentes políticos, e quais as consequências que podem disso decorrer em sua atuação.

O presente capítulo também buscará demonstrar como o Ministério Público pode atingir uma maior eficiência no exercício de suas atribuições, através do fortalecimento de uma atuação extrajudicial e preventiva.

O inquérito civil começará a ser objeto de uma análise mais específica a partir do capítulo III. Ele será concebido em um contexto mais amplo da atuação do poder estatal através de procedimentos. Mais ainda: buscar-se-á aferir se existe um direito fundamental à organização e ao procedimento, quando houver a atuação do poder estatal.

Também nesse capítulo, será avaliada a natureza jurídica do inquérito civil: se ele é um procedimento ou um processo administrativo. Para tanto, serão ressaltadas as diferenças existentes entre ambos, bem como as consequências práticas que podem decorrer ao se considerar o inquérito civil como um ou outro. Nesse contexto, será debatido se existe uma tendência à processualização dos procedimentos no Estado Democrático de Direito.

O capítulo IV, último da dissertação, buscará analisar de forma pormenorizada a dinâmica do inquérito civil no microssistema processual coletivo em vigor, no Projeto de Lei nº 5.139/09, nos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo e nas Resoluções Administrativas do Ministério Público.

O objetivo de tal análise é aferir como esse importante instrumento de atuação do Ministério Público é atualmente regulamentado (em suas diversas fases: instauração, instrução e conclusão), e se existem tendências de reforma legislativa na maneira como

ele é concebido. Também serão analisados os provimentos judiciais incidentais, antecipatórios e cautelares que normalmente são concedidos no curso de um inquérito civil em andamento.

Trata-se de um necessário estudo que objetiva aferir os contornos normativos traçados para a adequada utilização desse instrumento pelo Ministério Público. Buscar-se-á, ainda, com essa análise, verificar a existência de questões, problemas práticos e pontos divergentes que podem surgir a partir da utilização do inquérito civil pelo membro do Ministério Público.

O inquérito civil é o instrumento mais adequado, no atual contexto normativo, para que o Ministério Público possa exercer de maneira responsável suas atribuições, como instituição de garantia dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos. A presente pesquisa objetiva comprovar essa afirmação.

CAPÍTULO I – O DIREITO SUBJETIVO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA E PERMISSÃO ESPECIAL DE APROVEITAMENTO: DA FEIÇÃO ESTÁTICA-PRIVATISTA À FEIÇÃO DINÂMICA-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS

1. A GÊNESE DO DIREITO SUBJETIVO SEGUNDO GUILHERME DE OCKHAM

No âmbito da Ciência do Direito, dificilmente poderíamos pensar em um conceito tão imprescindível, e ao mesmo tempo, tão desconhecido, quanto o direito subjetivo. Os juristas lidam cotidianamente com tal conceito, o invocam, afirmam que ele foi violado, pleiteiam a sua efetividade, mas ignoram o que efetivamente querem dizer quando tratam do direito subjetivo. Michel Villey expôs com maestria a generalizada ignorância acerca de tal conceito, ao afirmar que

O termo direito subjetivo é um desses vocábulos de que os juristas bem-educados têm a elegância de se abster, pois a sua obscuridade denota uma pretensão suspeita a filosofar. Infelizmente, ele poderia ser uma das chaves no nosso pensamento jurídico atual².

Não obstante, será extremamente proveitosa a tentativa de se buscar delinear os contornos de tal conceito, pois ele certamente constitui uma das principais chaves de nosso pensamento jurídico, conforme ressaltou Villey. E para tanto, devemos vislumbrar a história de suas origens.

Nem o direito natural nem o romano haviam desenvolvido seriamente tal conceito, mas apenas lançado os seus germens³. Apenas com Guilherme de Ockham a

² Tradução livre. No original: “*Le terme de droit subjectif est un de ces vocables dont les juristes bien élevés ont l’élégance de s’abstenir, parce qu’il est aussi obscure qu’il denote une prétention suspecte à la philosophie. Malheureusement, il pourrait être une des clés de notre actuelle pensée juridique*” (VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. Paris: PUF, 2009, pp. 240-241).

³ Segundo Villey, a linguagem jurídica clássica apoiava-se em um mundo de “coisas”, pois somente através das coisas e sua partilha é que se manifestaria a relação jurídica entre as pessoas. Os romanos, por sua vez, reconheciam a idéia de poderes do indivíduo, ou seja, admitiam a noção de poderes em seu sentido subjetivo. No entanto, não davam a tais poderes a qualidade de jurídicos, nem os concebiam como direitos. Ressalta Villey: “*Bref, le propre du langage juridique classique est de viser un monde de choses, de biens extérieurs, parce que c’est seulement dans les choses et le partage fait dans les choses que se manifeste le rapport juridique entre les personnes. [...] Rappelons-nous le contenu du concept de droit subjectif: il résulte de l’association des deux idées de pouvoir et de droit. Or, naturellement, les Romains connaissaient l’idée des pouvoirs de l’individu – mais sans donner à ces pouvoirs la qualité de juridiques,*

noção de direito subjetivo foi desenvolvida de forma expressa e segura, com base na associação das ideias de direito e de poder.

Guilherme de Ockham desenvolve seu conceito de direito subjetivo na obra *Opus nonaginta dierum*. Em contraposição à noção clássica de Aristóteles de que a ciência deveria ser concebida dentro de uma ordem cósmica, o nominalismo de Ockham propõe que a ciência gravite em torno do indivíduo. Somente o indivíduo seria dotado de existência e poderia ser o objeto autêntico do conhecimento. O mundo existe apenas com referência ao indivíduo. Por conseguinte, não é possível conceber uma ordem jurídica que não proceda da vontade individual. Essa visão que parte do indivíduo para o mundo foi dominante na Idade Média e talvez Ockham seja apenas o arauto de tal maneira de pensar. Os homens da Idade Média, formados sobre as ruínas do antigo Império Romano, em grande parte incultos, possuíam a tendência de pensar “a partir do indivíduo”, o que de certa forma pode ter facilitado a eclosão da concepção subjetiva de direito⁴.

O poder, mais ainda, o poder do indivíduo, é o ponto central da noção de direito subjetivo de Ockham. No topo estaria o poder de Deus, que concederia ao homem poderes de natureza diversa, sobre a criação e os bens mundanos. Entre tais poderes também estaria o “poder de instituir chefes”, que teriam a função primordial de fixar os limites das propriedades dos indivíduos. Esse “Chefe”, por sua vez, teria recebido, por delegação do povo, o poder de legislar e de julgar. E nesse momento surge o estabelecimento dos ordenamentos jurídicos e do positivismo humano. As leis elaboradas pelo próprio homem estabeleceriam os direitos subjetivos, que se constituiriam em poderes a serem exercidos pelos indivíduos, garantidos pela possibilidade de aplicação da sanção por parte da autoridade estatal. Observa-se, portanto, em Ockham, uma “cascata de poderes”, que se inicia no poder divino absoluto e finaliza nos poderes dos indivíduos, através de uma série de sucessivas concessões⁵. Colocando, destarte, o poder como núcleo do conceito de direito subjetivo, Ockham lança o gérmen do direito subjetivo, impactando para sempre todo o Direito e sua filosofia, conforme bem destacou Michel Villey:

sans appeler ces pouvoir des droits. C'est autre chose qu'ils nommaient droits” (ibidem, pp. 244-245. Na mesma obra, Villey expõe a noção de poder, domínio e direito desenvolvida pelos romanos, *passim*).

⁴ VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. Paris: PUF, 2009, pp. 261-262.

⁵ Ibidem, pp. 265-266.

A eclosão do direito subjetivo, sua definição teórica, não é apenas um pequeno detalhe da história da linguagem jurídica. Mas significa o abandono de uma forma de pensamento jurídico experimentado até então, fundado sobre a ordem natural, e sua substituição por uma outra, fundada na idéia de poderes. Estamos no momento ‘copernicano’ da história da ciência do direito, na fronteira de dois mundos. Nasce uma nova ordem social, onde o direito individual será a célula elementar, e que se construirá inteiramente sobre a noção de *potestas*, elevada à dignidade de *direito*⁶.

2. TEORIAS DO DIREITO SUBJETIVO

2.1 Teoria negativa de León Duguit

A negação doutrinária mais radical do direito subjetivo é feita por León Duguit, que somente admite a existência do direito objetivo. Todos os sujeitos estariam submetidos ao império do ordenamento jurídico, que regularia as relações humanas sem a formação de direitos na esfera individual.

A própria noção de direito subjetivo pressuporia, para Duguit, a imposição da vontade de um indivíduo sobre a vontade do outro. Tal concepção não seria aceitável pois resultaria em uma hierarquia de vontades. Aliás, a essência da vontade humana seria algo impossível de ser captada, não se podendo basear a formação de direitos em um conceito tão fluido como a vontade.

A teoria proposta, no entanto, admite que embora o direito seja objetivo, ele seria necessariamente individual no momento de sua aplicação. Esse momento de individualização da aplicação do direito objetivo não resultaria, contudo, na formação de um direito subjetivo. Na verdade, como consequência da aplicação da regra jurídica, os indivíduos seriam colocados em uma *situação* ativa ou passiva em relação uns aos

⁶ No original: “L’éclosion du droit subjectif, sa définition théorique, ce n’est pas qu’un mince détail de l’histoire du langage juridique. Mais cela signifie l’abandon d’une forme de pensée juridique, qui avait été jusqu’alors expérimentée, fondée sur l’ordre naturel, et son remplacement par une autre, fondée sur l’idée de pouvoirs. Nous sommes ici même au moment ‘copernicien’ de l’histoire de la science du droit, à la frontière de deux mondes. Un nouvel ordre social naît, dont le droit individuel sera la cellule élémentaire, et qui se construira tout entier sur la notion de *potestas*, élevée à la dignité de droit” (VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. Paris: PUF, 2009, p. 267).

outros. Ele substitui, portanto, a concepção de *direito subjetivo* pela de *situação jurídica*. Não haveria formação de direito subjetivo ou obrigação entre os sujeitos. Eles estariam apenas situados em relação à regra jurídica objetiva, ativa ou passivamente. E, em caso de violação dessa regra jurídica, seria aberta ao interessado uma via de direito, possibilitando a reparação do prejuízo sofrido⁷.

Ao ser descumprida uma obrigação contratual, por exemplo, não haveria um ato de vontade individual que outorgasse à vontade do credor um poder superior de se impor sobre a vontade do devedor. Também não haveria, para tal teoria, a formação de um direito subjetivo para o credor em relação aos agentes públicos possuidores do poder de coação. Não seria o pretendido direito de crédito que obrigaria o agente público a movimentar a máquina judiciária em benefício do credor; é a lei que o obrigaria, quando o credor pedisse sua intervenção. Para Duguit, o chamado “direito de crédito” não constituiria, portanto, um direito subjetivo, mas sim uma *riqueza*, que poderia ser protegida ou perseguida pela via de direito disponibilizada pelo ordenamento jurídico⁸.

Assim, a teoria proposta rechaça a utilidade, ou mesmo a possibilidade, da formulação de um conceito de direito subjetivo, que seria baseado em uma concepção demasiadamente fluida da vontade humana, ou da imposição da vontade dos indivíduos umas sobre as outras.

Diante de uma dada situação concreta, não existiria a formação de um direito subjetivo com base na incidência de uma norma abstrata. Ao contrário, a norma incidiria diretamente, regulando a situação que se subsumiu em sua hipótese, colocando as partes envolvidas em situações jurídicas ativas ou passivas, de acordo com a previsão normativa abstrata. E, caso não houvesse o cumprimento espontâneo da norma jurídica, deveria ser aberta a possibilidade de se buscar tal cumprimento pela via de direito (acesso à justiça).

2.2 Teoria da vontade de Windscheid

A visão doutrinária que buscava negar a existência do direito subjetivo, capitaneada por León Duguit, foi objeto de duras críticas formuladas pelos defensores de tal

⁷ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, pp. 08-09.

⁸ Ibidem, p. 13.

conceito. Para eles, a noção de direito subjetivo era não só passível de ser formulada, como indispensável. Seria impossível construir o direito sem essa noção, porque ela seria a tradução imediata de uma realidade elementar: a de que, embora os homens estejam submetidos à regra jurídica, que são formuladas em benefício da sociedade, eles são seres individuais, e essa individualidade deve ser considerada como decisiva na formulação de uma teoria de direitos⁹.

Originalmente, desenvolveram-se três grandes teorias que buscavam definir o direito subjetivo. A primeira, que pode ser denominada de teoria da vontade, definia o direito subjetivo como um poder de vontade. Buscando contrapor essa concepção, surgiu a teoria do interesse juridicamente protegido, formulado por Ihering¹⁰. E finalmente, encontram-se as teorias mistas, que buscaram uma síntese dos principais elementos das duas teorias anteriores. Todas essas teorias, no entanto, visualizavam o direito subjetivo sob uma perspectiva de extremo individualismo, tentando traçar os contornos seguros de um direito subjetivo de cunho fortemente patrimonialista. Mais tarde, surgiram outras teorias que buscaram vislumbrar o direito subjetivo sob uma perspectiva social e coletiva, baseado na proteção não somente dos interesses dos indivíduos, mas também dos grupos sociais, tendo como pano de fundo as normas e valores consagrados no texto constitucional.

Mas adentremos, nesse momento, a análise do direito subjetivo sob a perspectiva da teoria da vontade, que foi perfilhada por grandes estudiosos do direito, como Savigny e Windscheid. O presente trabalho limitar-se-á à análise da teoria proposta por Windscheid.

⁹ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, pp. 50-51.

¹⁰ Embora cronologicamente a teoria da vontade anteceda a teoria do interesse juridicamente protegido, Paul Roubier adverte que, no ponto de vista da representação conceitual, a ordem de aparição dessas duas concepções seria inversa, de modo que a teoria formulada por Ihering é a que estaria mais próxima do direito romano, enquanto a teoria de Savigny (direito subjetivo como poder da vontade), estaria mais próxima do direito moderno. No original: “*Définition du droit subjectif – Cette question a été longtemps dominée par une opposition entre deux doctrines: l’une pour laquelle la volonté du titulaire était l’élément essentiel du droit subjectif, le droit subjectif étant essentiellement ‘un pouvoir de la volonté’, e l’autre pour laquelle l’élément essentiel du droit subjectif devait être cherché dans l’objet, le droit étant pour elle ‘un intérêt juridiquement protégé’.* La première théorie est rattachée au nom de Savigny, tandis que la seconde a été développée par Ihering. Tel est tout au moins, l’ordre chronologique de la systématisation doctrinale; en réalité, si on a pu avoir, dans le diverses sociétés, du droit subjectif, l’ordre d’apparition de ces deux conceptions est inverse, e c’est la théorie de Ihering qui est la plus rapprochée du droit romain, tandis que celle de Savigny est la plus rapprochée du droit moderne” (ROUBIER, Paul. **Droits subjectifs et situations juridiques**. Paris: Dalloz, 1963, p. 67).

É importante salientar, desde logo, que Windscheid não defende um exercício arbitrário da vontade individual, que pudesse levar os indivíduos a buscar sobrepujar os próprios interesses sobre os interesses dos outros. Uma análise criteriosa de tal teoria permite rechaçar, portanto, uma das críticas formuladas por Duguit, no sentido de que as vontades dos homens não podem ser submetidas umas às outras.

Isso porque a teoria da vontade, principalmente nos moldes em que a formula Windscheid, somente admite o exercício desse “poder de vontade”, dentro dos limites fixados pelo direito objetivo. Ao ser emitida uma norma, ordenando determinada conduta, a efetiva aplicação de tal norma fica à livre disposição daqueles em favor de quem ela foi publicada. Da norma nasce, portanto, o poder para que os indivíduos exercitem seus direitos. Mas tal exercício pressupõe a vontade como mola propulsora. O decisivo é, por conseguinte, a vontade dos particulares. Uma vez formulado o preceito, o ordenamento jurídico abandona-o em favor deles. A vontade é decisiva para o nascimento do direito¹¹.

Mas embora a vontade seja decisiva para o nascimento do direito, é impossível que tal direito exista ou seja exercido fora dos limites fixados pela ordem jurídica. Veda-se, portanto, o abuso do direito.

Importa ressaltar que o ordenamento jurídico permite o nascimento do direito subjetivo, mas para a teoria formulada por Windscheid, tal direito só nasce a partir do poder da vontade. Para ele, o direito subjetivo pode ser encarado sob dois enfoques diversos. Sob um primeiro enfoque, o direito subjetivo significa um direito a um certo comportamento, ação ou omissão, por parte de todas as pessoas, ou de uma pessoa determinada, face ao titular do direito. Assim, a regra jurídica estabeleceria uma situação de vantagem a um determinado indivíduo, mas somente por meio da vontade desse indivíduo é que nasceria o direito subjetivo. E tal vontade poderia ser exercitada, por exemplo, na hipótese de violação da regra jurídica por outrem. O titular daquela situação de vantagem, portanto, teria que acionar as vias de direito para defender sua posição de vantagem, e seria a partir desse ato de execução que nasceria o direito subjetivo. O segundo enfoque destaca a vontade como fundamental para a criação ou extinção do direito subjetivo, como o exercício pelo proprietário dos poderes naturais

¹¹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6ª ed. italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paolo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999 – v. 3, p. 264.

decorrentes do direito de propriedade (v.g. o direito de alienar a coisa ou ceder o crédito)¹².

A formulação teórica de Windscheid foi, no entanto, objeto de duras críticas, principalmente no que concerne às situações em que o indivíduo é desprovido do poder de vontade, e não possui qualquer representante legal. Nesse caso, ou se admitiria a incorreção da teoria ou seria preciso aceitar que os indivíduos nessa situação estariam desprovidos dos direitos subjetivos mais básicos, como o direito à vida ou à liberdade. Ademais, também existem aquelas situações em que o indivíduo é titular de um direito sem que o saiba, como na hipótese dos beneficiários de uma herança ou testamento, sem terem conhecimento da morte do *de cujus*¹³.

Windscheid busca escapar de tais críticas afirmando que a vontade de que trata o direito subjetivo seria unicamente a vontade do ordenamento jurídico e não a vontade do titular¹⁴. Essa conclusão, apesar de representar uma tentativa de salvar sua teoria das críticas formuladas, parece atentar contra seus próprios fundamentos, pois enaltece fortemente o direito objetivo em detrimento do direito subjetivo. Aliás, a partir do momento em que se fala de uma “vontade do ordenamento jurídico”, reforça-se a concepção de Duguit no sentido de que os direitos seriam formados a partir do direito objetivo, e os indivíduos apenas se concentrariam em torno desse direito em situações jurídicas ativas ou passivas. A noção de direito subjetivo, portanto, mostrar-se-ia irrelevante.

2.3 Teoria do interesse de Ihering

Contrapondo a teoria da vontade, insurge-se Rudolf von Ihering, com sua teoria do interesse. As críticas formuladas acerca da ausência de vontade dos incapazes, ou das situações em que os indivíduos são titulares de direitos sem ter consciência dessa situação (caso do herdeiro que desconhece o falecimento do *de cujus*) são repetidas e sustentadas fortemente por Ihering, que desloca o centro gravitacional do conceito de direito subjetivo da vontade para o interesse.

¹² DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, p. 59.

¹³ Ibidem, pp. 59-60.

¹⁴ Ibidem, p. 60.

Dois elementos constituem o princípio do direito, para Ihering: um, substancial, que reside em sua finalidade prática, sua vantagem, ou interesse; outro, formal, por meio do qual se protege e efetiva o primeiro, ou seja, a proteção jurídica por meio da ação judicial. Da conjugação desses elementos é formulado o conceito de direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido¹⁵.

A teoria proposta por Ihering também foi alvo de críticas variadas. Inicialmente, foi acusado de tendências materialistas e utilitárias, ao colocar a essência do direito no interesse, no gozo, e suprimir o elemento espiritual da vontade. Contudo, tal crítica esbarra na concepção de gozo ou interesse proposta por Ihering, que não se restringiria apenas aos bens materiais, mas a todas as espécies de bens humanos, incluindo os de natureza moral e espiritual¹⁶.

Também foi criticado por entregar o direito subjetivo ao poder arbitrário do Estado: o direito-interesse, separado do elemento da vontade, seria apenas aquele ao qual o Estado desejasse estender a sua garantia. Contudo, também nas chamadas teorias da vontade (em sua concepção majoritária), o resultado seria idêntico, uma vez que a vontade do indivíduo seria exercida nos limites estabelecidos pela lei, e por conseguinte, pelo Estado¹⁷.

Mas a crítica mais contundente dirigida à teoria do interesse de Ihering refere-se ao âmago de sua definição de direito subjetivo. Se para ele o direito subjetivo é um interesse que goza da proteção do ordenamento jurídico, então a satisfação do interesse é o fim precípua do direito. Ele se coloca, portanto, sob um ponto de vista teleológico. Segundo Jean Dabin, que fortalece o coro daqueles que dirigem essa crítica à teoria de Ihering, tal ponto de vista seria contraditório na medida em que ainda que o direito tenha um fim, seria um erro definir o direito pelo seu próprio fim. “O interesse é *pré-jurídico* (é a matéria ou o fim do direito); a proteção é *pós-jurídica* (supõe o direito): o direito, que se situa entre os dois, passou em silêncio”¹⁸.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20 ed. revista e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004 – v. 1, p. 35.

¹⁶ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, pp. 66-67.

¹⁷ Ibidem, p. 68.

¹⁸ Ibidem, pp. 69-71. No original: *L'intérêt est préjuridique (il est la matière ou le but du droit); la protection est postjuridique (supposant le droit): le droit, qui se situe entre les deux, est passé sous silence*” (Ibidem, p. 71).

De fato, a teoria do interesse proposta por Ihering aponta a finalidade do direito subjetivo, sem conseguir atingir a essência de seu conceito. E mesmo tal finalidade possui, certamente, um caráter nitidamente privatista e individualista, não abarcando noções de solidariedade ou função social dos direitos¹⁹.

2.4 Teoria mista ou eclética

Como decorrência das acirradas controvérsias surgidas entre os defensores das teorias da vontade e do interesse, surgiu um novo posicionamento doutrinário, uma terceira via, que buscava a conciliação dos elementos das duas teorias clássicas sobre o direito subjetivo.

Assim, as denominadas teorias mistas, ou ecléticas, tinham como objetivo combinar os elementos “vontade” e “interesse”, buscando uma definição de direito subjetivo mais abrangente, que pudesse colher os melhores frutos de cada uma das teorias já desenvolvidas.

Mesmo assim, as teorias mistas dividiam-se no que tange à preponderância dada a cada um dos elementos essenciais do direito subjetivo. Alguns defendiam que a preponderância deveria recair sobre o interesse, outros sobre a vontade. E para demonstrar esse embate doutrinário, nada mais esclarecedor do que os posicionamentos adotados por Jellinek.

Conforme anota Jean Dabin²⁰, na primeira edição de sua obra, *System der subjectiven öffentlichen Rechts*, Jellinek defendeu que o elemento essencial do direito subjetivo continuaria sendo o interesse, funcionando a vontade como um meio necessário e típico para a realização desse interesse. Assim, definia o direito subjetivo como “o bem ou interesse protegido por um poder de vontade pertencente ao homem”.

Outros representantes da corrente doutrinária mista, como Michoud, destacaram o papel da vontade como uma liberdade de exercício do direito (no sentido da prática

¹⁹ Essa observação também foi realizada de forma bastante contundente por Vicente Ráo: “Por muito que se não queira, não há negar, pois, que uma forte dose de utilitarismo inspira a doutrina de Ihering. Semelhante teoria utilitária, egoísta, dos direitos, já não encontra lugar, atente-se, na conceituação social, sempre mais incisiva, dos direitos-deveres, ou dos direitos-funções, hoje aceita pela generalidade dos filósofos e juristas” (RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**, 4ª ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997 – v. 2, p. 552).

²⁰ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, p. 73.

dos atos materiais e jurídicos necessários a sua realização) ou de sua defesa, caso sofra algum ataque. Assim, a vontade cumpriria o papel de dinamizar o interesse, estático e passivo, colocando-o em movimento, seja para efetivá-lo ou defendê-lo²¹.

Para as doutrinas mistas, portanto, o direito subjetivo poderia ser analisado sob o aspecto estático (interesse) ou dinâmico (vontade). A previsão normativa do direito deveria ser colocada em movimento por meio da vontade dos titulares desse direito. Todavia, conforme bem observou Michoud, a decisão de se colocar o direito em movimento, ou como colocá-lo, pertence ao indivíduo titular desse direito. Nesse sentido, um mesmo interesse previsto de maneira estática, poderia concretamente assumir facetas diversas, a depender do grau de envolvimento do elemento vontade na formação do direito subjetivo.

A vontade, então, passou a assumir um papel preponderante na definição do direito subjetivo, pois o seu dinamismo seria o grande elemento responsável pela configuração e diferenciação dos diversos direitos subjetivos, embora não se pudesse prescindir do elemento interesse na formulação de um conceito completo de direito subjetivo.

E a preponderância do elemento vontade atingiu um grau tal que o próprio Jellinek, na segunda edição de sua obra, modificou o seu conceito original de direito subjetivo, que passou a ser definido como “o poder da vontade humana, reconhecido e protegido pela ordem jurídica, que tem por objeto um bem ou interesse”. O giro é evidente. O direito já não seria mais o interesse servido pela vontade, mas sim a vontade dominada e regulada por um interesse²².

Contudo, conforme bem salientado por Jean Dabin, todas as discussões travadas entre os partidários das teorias mistas são desprovidas de consequências práticas ou teóricas. Não há grande relevância em definir o direito subjetivo como um interesse a serviço da vontade ou uma vontade a serviço de um interesse. Aliás, as teorias clássicas de Windscheid e Ihering também se parecem porque uma e outra seriam, em última análise, também teorias mistas, acentuando um dos elementos do conceito de direito subjetivo, sem dúvida, mas sem pretender excluir o outro²³.

²¹ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, pp. 73-74.

²² Ibidem, p. 74.

²³ Ibidem, pp. 79-80.

2.5 Teoria da pertença e domínio de J. Dabin

Jean Dabin, em seu célebre *Le Droit Subjectif*, após analisar as teorias clássicas, aduz que todas elas pecam por colocar em relevo o interesse e a vontade como os elementos constitutivos do conceito de direito subjetivo. Para ele, o direito subjetivo “deve definir-se com uma palavra composta que revela duas facetas de uma mesma realidade: o direito subjetivo é essencialmente uma pertença-domínio, em que a pertença é causa e determina o domínio”²⁴.

Primeiramente, analisando o elemento “pertença”, verifica-se que o direito subjetivo supõe sempre um bem ou valor ligado a um indivíduo por um laço de pertença, consagrado pelo direito objetivo, de modo que a pessoa pode dizer que esse bem ou valor é seu²⁵. Assim, o principal elemento do direito subjetivo, pressuposto dos demais, é a possibilidade de alguém poder intitular-se como “senhor” de um determinado bem, material ou imaterial, sendo que tal ligação entre sujeito e objeto deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Em relação a tal elemento, Dabin ressalta que ele não se confunde com a noção de interesse, proposta por Ihering. Para esse último, o interesse teria o significado de um “interesse de gozo” de um bem, que estaria juridicamente protegido pelo Estado. Mas o direito subjetivo não é gozo, ainda que às vezes o implique. O titular do direito não é necessariamente aquele que o desfruta, ainda que normalmente o gozo ou desfrute, e a titularidade, coincidam. O interesse, para Dabin, seria um interesse de pertença do bem, e não de gozo²⁶.

Do mesmo modo que o interesse, a vontade também não se inclui entre os elementos constitutivos do conceito de direito subjetivo de Dabin. Segundo a teoria da pertença-domínio, a vontade possui um papel decisivo em um momento posterior, do exercício do direito. Tal conclusão é apta, portanto, a refutar as críticas formuladas em relação às teorias da vontade, nas hipóteses em que o indivíduo torna-se titular de um direito sem que o saiba, ou quando não possui uma consciência ou vontade livre e desembaraçada para exercê-lo. Nesses casos, existiria o direito, com titular determinado,

²⁴ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, p. 80.

²⁵ Ibidem, pp. 80-81.

²⁶ Ibidem, pp. 81-82.

sendo que tal direito poderia vir a ser “executado” futuramente, por meio da vontade de seu próprio titular ou de um representante.

Portanto, tal teoria afasta-se claramente das concepções da vontade e do interesse, visto que a noção de pertença possui um caráter muito mais objetivo. Basta para sua configuração um liame, reconhecido pelo ordenamento jurídico, entre o indivíduo e um determinado bem.

O laço de pertença constitutivo do direito subjetivo estaria sempre fundado sobre o direito objetivo, sobre a regra jurídica positivada. Desse modo, o direito subjetivo só existiria tendo como pressuposto o direito objetivo²⁷.

Assim, o direito subjetivo passa a ser reconhecido aos indivíduos não porque tenham sido chamados a gozar um determinado bem (Ihering), nem porque estejam dotados de vontade para exercer tal direito (Windscheid), mas porque esse bem é considerado seu pelo ordenamento jurídico, lhe pertence. Essa perspectiva da pertença torna possível que o direito subjetivo tenha como objeto não somente bens, mas também ofícios e funções. Por conseguinte, o poder familiar, ou os poderes outorgados aos órgãos de um determinado ente, público ou privado, poderiam constituir-se em direitos subjetivos²⁸.

Ressalta Dabin que tais ofícios e funções não se outorgam para o proveito de seus titulares, mas eles podem reivindicá-los como atribuições ou competências que lhes pertencem²⁹. A partir de raciocínios como esse é que se começa a desenvolver a noção de direitos-deveres, direitos-função, ou deveres-poderes, que será objeto de uma análise mais pormenorizada adiante.

Mas além da idéia de pertença, é necessário também o desenvolvimento da noção de domínio, para que a estrutura do direito subjetivo esteja completa. A pertença é um atributo que liga a coisa ao sujeito. Já o domínio constitui um liame que vai do sujeito à coisa, submetendo-a. E tal submissão pode ser constatada em sua plenitude no

²⁷ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, p. 85. Essa também é a conclusão a que chega Pontes de Miranda: “Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos. A regra jurídica é *prius*, ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo V. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 271).

²⁸ DABIN, Jean, ob. cit., p. 84.

²⁹ Ibidem, pp. 84-85.

poder de livre disposição da coisa, objeto do direito. É o poder de dispor da coisa, e não o seu gozo, que melhor caracteriza o domínio, de acordo com a concepção de Dabin. É possível que o direito seja usufruído por quem não é seu dono, mas somente o titular do direito poderia dele dispor. No entanto, ele faz uma ressalva em relação aos direitos-função, uma vez que o titular de tais direitos não possui o poder de dispor das atribuições que lhe são confiadas, pois tais atribuições existem visando garantir interesses que não lhe pertencem³⁰.

Finalmente, para a configuração de um conceito completo de direito subjetivo, é preciso que sejam obedecidas condições de alteridade (inviolabilidade e exigibilidade) e de garantia de proteção jurídica.

A primeira condição se refere à necessidade de que o direito seja respeitado por outras pessoas, ou seja, todos os outros assumem uma obrigação de não violar a relação de pertença-domínio existente entre o sujeito e o bem que lhe pertence. Em caso de violação, nasce para o titular do direito a faculdade (que pode ser utilizada ou não) de exigir a não violação de seu direito. E, finalmente, caso não seja respeitada a exigência de não violação, é preciso que se cumpra a segunda condição, ou seja, que o Estado assegure a proteção jurídica ao direito violado (acesso à justiça)³¹.

Com base em todos os elementos descritos, Dabin³² propõe o seguinte conceito de direito subjetivo: “é a prerrogativa, concedida a uma pessoa pelo direito objetivo e garantida pelas vias de direito, de dispor como dono de um bem que se reconhece que lhe pertence, bem como seu, bem como devido”, acrescentando ainda que essa pertença e esse domínio somente existem nos limites estabelecidos pelo direito objetivo. Mas dentro desses limites, o titular do direito subjetivo teria pleno domínio sobre seu bem.

³⁰ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, pp. 87-92.

³¹ Ibidem, pp. 95-99.

³² No original: “*le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d’un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû*” (Ibidem, p. 105).

3. O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE DIREITO SUBJETIVO: O DIREITO SUBJETIVO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA OU PERMISSÃO ESPECIAL DE APROVEITAMENTO

As concepções tradicionais acerca do direito subjetivo giram em torno das noções de interesse e vontade. Algumas teorias ainda defendem que o direito subjetivo é um domínio reservado ao titular, como pretende Dabin. Em todas essas teorias visualiza-se um caráter individualista e patrimonial, próprio do liberalismo.

No entanto, a concepção moderna não se contenta com a visão individualista dos direitos, finalizados em si mesmos³³. O interesse do indivíduo deve ser necessariamente conjugado com o interesse da coletividade. Mais ainda: não existe interesse individual que não tenha necessariamente como parâmetro o interesse coletivo, considerando que o ordenamento jurídico constitucional coloca entre seus objetivos fundamentais a solidariedade. Nesse sentido, observa Perlingieri que

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional³⁴.

O direito subjetivo, portanto, não pode mais adornar a vestimenta do individualismo, visto que o interesse do titular desse direito deve compatibilizar-se não somente com outros interesses individuais, mas também com o interesse da coletividade. A noção tradicional abarca somente o direito subjetivo pretensão, que,

³³ Segundo Pietro Perlingieri: “Contrapõem-se, tradicionalmente, duas definições de direito subjetivo: direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido. A disputa entre os defensores das duas teorias subtende diversas avaliações e diversas ideologias; nela se espelha a diversidade entre as concepções liberalistas e as primeiras tentativas de entender o direito de um ponto de vista teleológico. A definição corrente salda os dois aspectos: o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito [...] O vício metodológico está na crença de que um interesse tutelado pelo ordenamento seja finalizado a si mesmo. Numa realidade na qual à atribuição de direitos se acompanham deveres e obrigações, as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 120).

³⁴ Ibidem, p. 121.

todavia, se revela insuficiente diante da concepção contemporânea de direito subjetivo³⁵, que abrange novas modalidades ou categorias.

Para que o direito subjetivo seja tutelado, é necessário que ele se compatibilize com o interesse social ou coletivo. Não há mais espaço, na atualidade, para a tutela do direito meramente individual, visto que a proteção jurídica somente pode ser oferecida àqueles direitos que obedeçam a sua função social. Direitos subjetivos que não estejam *funcionalizados*, ou seja, que não atendam a sua função social, não podem receber proteção jurídica, ou melhor, não podem sequer receber a denominação de direitos subjetivos. A *funcionalização* é condição da própria existência do direito.

Nesse sentido, torna-se difícil visualizar uma hipótese em que esteja presente somente a pretensão de um titular de direito em contraposição a um dever ou obrigação de um devedor. As situações jurídicas geralmente apresentam um complexo de direitos, deveres, ônus e poderes para todas as partes envolvidas³⁶. Mesmo nos tradicionais direitos de natureza contratual, é possível observar uma funcionalização dos direitos³⁷, com a exigência de que os contratos cumpram sua função social, conforme se observa

³⁵ “Por outro lado, a concepção moderna serve apenas para os direitos subjetivos pretensão, característicos da Era dos Códigos, a partir de Napoleão. Nessa época os Códigos representavam catálogos completos de direitos subjetivos, se a lei não assegurasse o direito então ele não era judicializável, problema que enfrentamos até hoje. Os direitos subjetivos formavam um sistema fechado de direitos. Trata-se da ‘modernidade’ jurídica na qual o direito buscava, por imperativos de outras ciências, ser uma ciência ‘pura’. [...] Uma concepção mais atual, contemporânea ou pós-moderna, ao revés, implica reconhecer três âmbitos de direitos subjetivos. Atribuindo aos direitos subjetivos um novo conceito: direitos subjetivos como *situação jurídica complexa* ou *permissão especial de aproveitamento específico*. Estes conceitos apresentam a vantagem de assumir a função do direito como algo *transcendente* ao mero interesse do titular” (ZANETI JR. Hermes. **Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo**. in O Novo Processo Civil Coletivo. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 142-143).

³⁶ Conforme leciona Perlingieri: “No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o interesse dá lugar portanto a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. A complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 107).

³⁷ Essa também parece ser a conclusão a que chega Menezes Cordeiro: “A relação creditícia, sem prejuízo pelo seu caráter unitário e pessoal, implica, a nível analítico, dos lados do credor e do devedor, situações jurídicas complexas. [...] A complexidade intra-obrigacional desenvolve-se, também, num segundo nível, totalmente diferente. A simples contemplação de uma obrigação dá, pela interpretação da sua fonte, um esquema de prestação a efetivar. Mas isso é possível com danos para o credor ou com sacrifício desmesurado para o devedor. O direito não admite tais ocorrências; comina deveres – e, como se adivinha, poderão ser muitos e variados – destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe de modo considerado devido. São os deveres acessórios, baseados na boa fé” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2007, pp. 590-592).

na dicção do artigo 421 do Código Civil Brasileiro: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O compromisso do Ordenamento Jurídico Brasileiro com a funcionalização dos direitos também pode ser constatado em relação ao mais clássico dos direitos subjetivos: o direito de propriedade. A função social da propriedade³⁸ é assegurada de maneira expressa no capítulo da Constituição Federal que trata dos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, inciso II), tendo sido incluída ainda entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo (artigo 5º, inciso XXIII).

Os direitos subjetivos, destarte, somente possuem autorização normativa para serem exercidos se forem respeitados os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico. Tais limites, no entanto, não devem ser entendidos como algo externo ao direito. Assim, quando o indivíduo desrespeita esses limites, ele na verdade não comete um “abuso de direito”, mas se encontra em uma posição de “não-direito”³⁹. Ele não possui qualquer proteção do ordenamento jurídico porque exceder os limites impostos

³⁸ Não obstante a função social seja um pressuposto, ou característica reconhecida como inerente ao direito subjetivo de propriedade, dentro de um Estado Democrático de Direito, existem vozes que se levantam contra um possível “abuso” dessa “função social da propriedade”, que poderia colocar em risco o próprio direito de propriedade, constitucionalmente assegurado. Nesse sentido, Denis Lerrer Rosenfield, filósofo gaúcho, salientou o seguinte em entrevista concedida à Revista Veja: “[...] No Brasil, existe uma violação sistemática ao direito de propriedade. O direito de propriedade é o fundamento de toda sociedade civilizada, a garantia dos contratos sociais e a base da liberdade individual. Mas no Brasil o direito à propriedade é relativizado pela função social, pela função indígena, pela função racial e pela função ambiental da terra. O que acontece é um descalabro. Um exemplo trágico é a proliferação dos quilombolas pelo país. Isso não tem mais limite. Por um decreto de 2003, basta uma pessoa se declarar negra e se autoatribuir uma terra para conseguir a desapropriação da área. Até uma escola de samba pode se denominar quilombola e ganhar o direito sobre uma propriedade, não importa se ela está localizada no interior da Bahia ou na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro. A palavra quilombo ganhou outro significado com o único intuito de tirar a terra de seu dono para atender aos interesses de movimentos sociais esquerdistas. Houve o uso político da palavra”. (ROSENFELD, Denis Lerrer. Entrevista concedida à Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, 11 de maio de 2011. Edição 2.216. Ano 44. Nº 19, pp. 22-23). Embora a posição de Rosenfield deva ser analisada com temperamentos, uma vez que o direito subjetivo deve realmente ser exercido apenas nos limites sócio-econômicos ambientais fixados pelo ordenamento jurídico, não deixa de ser preocupante a possibilidade de desvirtuamento desses limites, o que acabaria por desnaturar ou deixar desguarnecido de proteção o núcleo essencial do direito subjetivo de propriedade.

³⁹ No mesmo sentido se posiciona Fernando Noronha: “Todo direito só pode ser legitimamente exercido de harmonia com a finalidade para que ele é reconhecido aos particulares, a qual é sempre e necessariamente social. [...] O exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico e caracteriza o chamado *abuso de direito*. O Código Civil traduz bem esta ideia quando, no seu art. 187, declara que ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’. Quem age contra o direito age sem direito. Por isso, apesar da expressão *abuso*, os casos ditos de abuso de direito são na realidade hipóteses de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 46).

pela norma equivale a atuar fora da norma. O direito subjetivo já nasce com seus limites traçados pelo ordenamento jurídico, em um todo indivisível.

Portanto, a discricionariedade do indivíduo no exercício do direito subjetivo nunca é absoluta. Se tal direito só existe com a configuração que lhe der o ordenamento jurídico, ele deve ser “aproveitado” ou “usufruído” dentro daqueles parâmetros previamente traçados. Com razão Menezes Cordeiro ao afirmar que o sujeito que exerce um direito subjetivo “move-se dentro de uma permissão normativa de aproveitamento específico”⁴⁰.

Por conseguinte, os sujeitos de direito somente podem exercer seus direitos subjetivos dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico-constitucional. Uma atuação fora de tais limites equivale a agir contra o direito, o que pode gerar a anulação do ato praticado, e a aplicação da correspondente sanção.

Essa limitação ao exercício dos direitos subjetivos aplica-se tanto aos sujeitos de direito público quanto aos particulares e empresas, sujeitos de direito privado. A autonomia da vontade e a livre iniciativa, é bom frisar mais uma vez esse ponto, não podem servir de salvaguarda a um exercício abusivo dos direitos subjetivos, cabendo à sociedade, e a instituições como o Ministério Público, a fiscalização para que os direitos subjetivos somente sejam exercidos com observância da permissão normativa específica do ordenamento jurídico-constitucional. Arguta a observação de Cláudio Chequer, quanto a essa questão:

Hoje, a limitação à livre iniciativa não se faz mais em moldes negativos, pelo contrário, assume uma postura positiva: o Estado passa a apurar as preferências coletivas manifestadas no texto constitucional e a dar-lhes concretude, impondo normas limitadoras ou direcionadoras da liberdade contratual. Podemos dizer, sem margem de erro, que o princípio da

⁴⁰ Ibidem, p. 662. E mais a frente, em sua obra, ele ainda assinala: “Parta-se do direito subjetivo, paradigma de posições jurídicas individuais. Qualquer atribuição jussubjectiva tem, subjacente, não só a situação do titular-beneficiário, mas a de outros membros do espaço jurídico. A concessão de uma permissão normativa específica de aproveitamento é, num ponto de vista ontológico não estereotipado, possivelmente, a cominação de deveres a outras pessoas – caso dos direitos relativos e de direitos absolutos que, implicando situações de conflito, pressuponham esquemas relativos para os dirimir, como sucede no caso típico da vizinhança – e, necessariamente, a colocação de não-permissões para todos os não-beneficiários. Toda a conjunção permissão-dever-não-permissão exprime uma regulação material querida, com efectividade, pelo Direito. Esta – e não um jogo formal de posições jurídicas envolvidas desenraizadas – concita o interesse e a preocupação do jurídico. A pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material instituída, expressa, mas só em parte, no seu direito subjetivo, não pode, depois, pretender, como se nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio de base, sofre-lhe as consequências. A nova situação criada altera a configuração da posição jurídica exercente; no limite, pode ir até à extinção (Ibidem, p. 851).

autonomia privada autoriza o particular a auto-regulamentar sua atividade jurídica, todavia, essa regulamentação, além de ter que estar em conformidade com as demais normas constitucionais (que exigem, por exemplo, a observância da função social), não pode ferir a dignidade humana de terceiros, o núcleo essencial de um direito fundamental de terceiros⁴¹.

No que tange à classificação, os direitos subjetivos podem ser divididos em três categorias, conforme lição de Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior⁴², apoiados na doutrina de Fernando Noronha⁴³: os direitos subjetivos *stricto sensu*, comuns ou simples, reconhecidos como direitos-prestação; os direitos potestativos, ou direitos-poderes; e os direitos-deveres, que são decorrentes de uma determinação objetiva do ordenamento jurídico, seja tutelando os interesses de um sujeito determinado, especialmente protegido pela norma, seja tutelando interesses da coletividade.

Os direitos subjetivos típicos, ou direitos-prestação, constituem prerrogativas atribuídas pelo ordenamento jurídico a um determinado sujeito, garantindo-lhe o poder de exigir de outrem a adoção de um comportamento, visando a realização de seus próprios interesses. São os clássicos direitos de natureza obrigacional – crédito e débito. No entanto, ressalte-se que o sujeito ativo não possui um poder absoluto, mas apenas uma pretensão, ou seja, um poder de exigir a adoção de tal comportamento, de modo que, em caso de descumprimento, deverá ser exercido o direito de ação para a efetivação de tal direito⁴⁴.

Os direitos potestativos são aqueles que permitem ao seu titular, por simples manifestação de vontade e sem a necessidade do concurso de outrem, modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, de seu interesse. Não existe, nesse caso, uma obrigação, mas um estado de sujeição⁴⁵. Como exemplos de direitos potestativos, podemos citar o poder de um dos cônjuges pedir o divórcio, ou o direito de ação.

Os direitos-deveres “consistem bem mais em um plexo de competências atribuídas a um determinado sujeito para que as desincumba em conformidade com as finalidades descritas pelo ordenamento jurídico do que no interesse egoístico do

⁴¹ CHEQUER, Cláudio. **O Ministério Público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 137.

⁴² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, pp. 278-279.

⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 71-84.

⁴⁴ Ibidem, pp. 74-75.

⁴⁵ Ibidem, pp. 76-77.

indivíduo para sua atuação”⁴⁶. Tal categoria de direitos coloca em primazia não os interesses do titular do direito-dever, mas o interesse de indivíduos especialmente protegidos pela norma ou a coletividade⁴⁷.

Nesse sentido, conforme bem ponderou Fernando Noronha, “o poder concedido é mero instrumento de uma finalidade que transcende o titular; mais que direito, é dever de agir, e dever limitado pela finalidade preestabelecida”⁴⁸. Assim, o titular desse direito deve agir, sendo que a omissão no exercício de tal direito pode gerar inclusive a penalização do titular. A sua vontade torna-se relevante apenas na maneira como se dará essa atuação, mas sempre tendo como parâmetro a escolha de caminhos e instrumentos que garantam a máxima efetividade na concretização da finalidade estabelecida.

Essa última espécie de direito subjetivo é ainda especialmente importante para explicar o fundamento das ações coletivas. Ora, nesse tipo de demanda o que se busca é a satisfação não dos interesses dos legitimados à sua propositura, mas da coletividade, determinada ou não. Os direitos subjetivos concedidos a tais legitimados constituem-se em deveres de natureza funcional, que devem ser obrigatoriamente exercidos⁴⁹ com o objetivo de se atingir uma finalidade específica: a satisfação dos direitos subjetivos coletivos.

⁴⁶ ZANETI JR. Hermes. **Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo**. in O Novo Processo Civil Coletivo. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 145. Os direitos-deveres também são denominados deveres-poderes, poderes-função e direitos-função. Jean Dabin, mesmo adotando uma definição ainda individualista do direito subjetivo, vislumbrou a existência de direitos subjetivos de caráter não egoísta, estabelecido em benefício do interesse outras pessoas, e não de seu próprio titular: os direitos-função. Assim, “*a côté des droits à fin égoïste, institués pour le perfectionnement de leur titulaire, ou même des ‘droits fonctionnels’, qui sont ceux spécifiques des personnes morales, il faut faire une place à une nouvelle catégorie de droits subjectifs: les droits à fin altruiste, institués non pour le service de leur titulaire, personne physique ou personne morale, mais pour le service d’autrui, bref les droits-fonction*” (DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008, p. 221).

⁴⁷ Luigi Ferrajoli denomina esse direito-dever como “função”, ou “poder funcional”: “*Funzione è qualunque potere imputato a un soggetto con l’obbligo di esercitarlo per soddisfare le aspettative e gli interessi di altri soggetti*” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 1 – Teoria del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007, p. 603).

⁴⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010., p. 83.

⁴⁹ A obrigatoriedade do exercício do direito-dever pelos legitimados gera para os titulares dos interesses protegidos um direito subjetivo a tal exercício. Tais legitimados, titulares do direito-dever, podem inclusive ser punidos, nas esferas administrativa, cível ou criminal, em face de sua omissão. Ferrajoli também parece caminhar nessa direção, ao afirmar que “*ai doveri pubblici di prestazione o di non lesione inerenti a pubbliche funzioni corrispondono sempre diritti soggettivi in capo alle persone interessate alla commissione delle prime e all’omissione delle seconde. Se il giudice o il pubblico ministero hanno il dovere di compiere determinati atti a garanzia della mia difesa in un giudizio, io ho il diritto positivo alla commissione di tali atti*” (FERRAJOLI, ob. cit., pp. 651-652).

Os direitos subjetivos função, ou direitos-deveres, necessitam igualmente obedecer os limites funcionais traçados pelo ordenamento jurídico para o seu exercício. Assim, o membro do Ministério Público, ou qualquer outro agente estatal, deve cumprir suas atribuições de modo a não invadir de forma indevida a esfera jurídica dos particulares, abusando do exercício de suas prerrogativas. Deve, portanto, exercer esse plexo de competências que lhe foi outorgado dentro da permissão específica de aproveitamento que lhe confere o ordenamento jurídico.

Importa ainda salientar que, além dos direitos subjetivos individuais, é inegável a existência dos direitos subjetivos coletivos, que não possuem titulares individuais determinados, sendo que a titularidade de tais direitos é assumida pela coletividade. Nesse sentido, a Lei nº 8.884/94, que regula a proteção ao abuso da concorrência, é expressa ao afirmar, no parágrafo único de seu artigo 1º que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Dentro da sistemática da divisão dos direitos coletivos *lato sensu* em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, podemos identificar os titulares desses direitos subjetivos coletivos na previsão normativa do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que os titulares dos direitos difusos são as pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; os titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* são o grupo, categoria ou classe de pessoas; e, finalmente, os titulares dos direitos individuais homogêneos são os indivíduos lesados, quando a lesão decorrer de origem comum, considerados abstrata e genericamente para fins de tutela⁵⁰. Nesse sentido, Didier Jr. e Zaneti Jr. concluem, com absoluta precisão, que

Com isto temos a absoluta novidade, frente à teoria geral do direito, de admitir um direito subjetivo com titulares coletivos, portanto, um direito subjetivo coletivo, contrariando os dogmas e a finalidade genética dos direitos subjetivos individuais pensados a partir do séc. XV na Europa⁵¹.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 85.

⁵¹ Ibidem. Saliente-se, no entanto, que o conceito de direito subjetivo coletivo não é aceito de forma pacífica, havendo relevantes restrições doutrinárias quanto ao reconhecimento do direito coletivo como uma espécie de direito subjetivo, conforme se observa nas lições de Andrés Gil Domínguez: “*En torno a los derechos colectivos, es posible establecer elementos configuradores de su naturaleza, y a la vez, diferenciadores de los derechos subjetivos, a saber: a) pluralidad de sujetos que disfrutan de un bien; b) una relación existente entre varios sujetos e un objeto por la que se pretende evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio; c) un bien cuyo disfrute es colectivo pero que es insusceptible de apropiación individual; o c) [sic] un bien susceptible de apropiación exclusiva pero que convive en una situación de identidad fáctica que produce una sumatoria de bienes idénticos. [...] De lo expuesto en los puntos*

Em face do exposto, após terem sido analisadas as teorias clássicas a respeito do conceito de direito subjetivo, e tendo como base as lições de Pietro Perlingieri e Menezes Cordeiro de que o direito subjetivo consiste em uma “situação jurídica complexa”, ou “permissão especial de aproveitamento”, podemos concluir, com Hermes Zaneti Jr., que o direito subjetivo é “uma posição jurídica complexa, uma especial situação que se encontra o sujeito de direitos em face do ordenamento jurídico como um todo. A qual configura, a um só tempo, direitos e deveres, comportamentos ativos e abstenções, indicando um rumo a ser seguido”⁵², cabendo salientar que tal conceito de direito subjetivo deve ser analisado nas categorias de direito-prestação, direito potestativo e direito-dever.

4. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO SUBJETIVO E PROCESSO

O ordenamento jurídico pode ser analisado sob dois planos: material e processual. O estudo da relação entre esses planos deu origem a duas teorias principais sobre o ordenamento jurídico: a teoria monista e a teoria dualista.

A teoria monista, representada por Carnelutti, defende a fusão dos planos do processo e do direito material em uma só unidade, de modo que a sentença judicial seria responsável pela produção de direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas. Por outro lado, a teoria dualista, capitaneada por Chiovenda, sustenta que o direito material e o processo não podem ser colocados sob um mesmo plano. Por conseguinte, deveria ser aplicado o raciocínio da subsunção dos fatos concretos à hipótese prevista na norma, cabendo à sentença apenas reconhecer a ocorrência de tal subsunção, ou seja, revelar, e

precedentes surge con nitidez que los derechos subjetivos y los derechos colectivos son categorías normativas con distintas características que impiden una asimilación automática entre ambos. Los derechos colectivos tienen características propias que forjan una identidad determinada con modalidades y alcances distintos a los que tienen los derechos subjetivos”(GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Derechos subjetivos y derechos colectivos: similitudes y diferencias**. Lecciones y Ensaíos. n.80. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho – Dep. de Publicaciones, 2004, .pp. 136-137).

⁵² ZANETI JR. Hermes. **Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo**. in O Novo Processo Civil Coletivo. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 145.

não criar direitos. Ressalte-se que é a teoria dualista a adotada pela maioria dos juristas de tradição romano-germânica⁵³.

É importante destacar, contudo, que os planos do ordenamento jurídico (material e processual), embora distintos, não podem ser considerados estanques, visto que a existência de um está ligada umbilicalmente à do outro. O direito subjetivo, por si só, de nada vale sem a possibilidade da utilização do processo para sua garantia, na hipótese de sofrer ameaça ou lesão. “Se um direito existe, ele é justiciável”⁵⁴, ou seja, deve haver necessariamente a possibilidade de sua proteção pelo Estado. Por outro lado, também o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo. Ele está necessariamente ligado a seu objeto, o direito material⁵⁵. A existência do instrumento desvinculada do objeto é vazia e inútil. Nesse sentido, exata é a lição de Hermes Zaneti Jr.:

[...] o processo, na sua perspectiva constitucional, abrangendo o conceito de princípios, regras e postulados, deve atuar para a realização dos direitos fundamentais e não ficar restrito, manietado, por uma pré-compreensão do direito. Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação dessa divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo “nexo de finalidade” que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora⁵⁶.

O processualismo clássico pretendia um direito processual puro e desvinculado do direito material, sob o argumento de que somente assim poderia ser alcançado o

⁵³ ZANETI JR. Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 229.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5ª ed. alemã de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 514.

⁵⁵ Essa íntima relação entre o processo e seu objeto é exposta de maneira bastante clara, e até mesmo poética, por Marcelo Abelha Rodrigues: “O objeto do processo é o que lhe dá substância. É a razão de ser de sua existência. Só existe como ponte de ligação, como instrumento, porque serve a alguma coisa. Essa ‘coisa’ que dá identidade, personalidade e até legitimidade é o seu conteúdo e é o que, na verdade, constitui a sua razão de ser. A pretensão está para o processo como o perfume para o frasco, os sons para os ouvidos e a alma para o corpo. É a sua essência, sua substância. É, pois, com o seu objeto que o processo deve se preocupar. É para ele e em razão dele que o processo existe” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública e meio ambiente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 03-04).

⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 230. Para uma análise mais aprofundada do caráter instrumental do processo em relação ao direito material cf. DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009 ; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização**. Tese, concurso para professor titular de direito processual civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

status de ciência. Trata-se, no entanto, de uma visão errônea e ultrapassada, que olvida o motivo pelo qual o processo foi criado. A própria essência do processo é instrumental.

É certo que a regra é a observância e o cumprimento espontâneo da norma jurídica pelos particulares. Mas, caso não haja tal observância, e surja o conflito, abre-se a possibilidade de ser acionado o aparelho jurisdicional estatal, a fim de pacificar a lide surgida no meio social.

E é no momento do exercício do direito de ação que é feita a análise da pretensão do autor, levando em consideração os fatos concretos e todo o conjunto de normas jurídicas passíveis de aplicação ao caso examinado. Nesse momento, é devolvido um direito material sempre diverso daquele que seria seguido de maneira espontânea pelos particulares, pois o caso concreto passou pelo filtro de interpretação do Poder Judiciário. Existe a construção de um direito material novo, resultado do desenrolar de um processo argumentativo. Essa é a teoria circular dos planos, proposta por Hermes Zaneti Jr.:

*[...] o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado. Diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo *ascertainment*, como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer, nesse sentido, que entre *processo e direito material* ocorre uma *relação circular*, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele⁵⁷.*

O direito material, quando levado a juízo, torna-se objeto de um processo argumentativo que acaba por volatilizar toda certeza que possa ter o autor de que seu direito é assegurado pelo ordenamento jurídico⁵⁸. É possível, inclusive, que a resposta do Poder Judiciário seja contrária ao que aparentemente dispõe a norma de direito material, ou mesmo que se baseia em uma interpretação errônea dos fatos. A certificação do direito concreto, potencializada pela imutabilidade resultante da coisa julgada, cria uma nova realidade.

Ao ser proposta uma demanda, a relação entre direito material e direito processual se dá pela afirmação do autor, na petição inicial, do direito subjetivo que ele

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, pp. 204-205.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 218-219.

entende devido. Note-se, portanto, que não é necessária a existência do direito subjetivo para o exercício do direito de ação, bastando a *afirmação* de sua existência. Ou seja, no momento da propositura da demanda, o direito subjetivo é sempre encarado *in status assertionis*, sendo necessária a *certificação* do Poder Judiciário para que ele possa ser plenamente reconhecido.

O direito subjetivo é baseado em uma situação de fato e em fundamentos de direito afirmados pelo autor na petição inicial (causa de pedir)⁵⁹. E os contornos de tal direito subjetivo interferem diretamente no desenvolvimento inicial do processo, devendo ser levado em consideração, v.g., para a análise da competência do juízo, do procedimento a ser adotado, e da presença do interesse processual e legitimidade das partes. Nesse sentido é a lição de Elio Fazzalari:

Não há dúvida de que, em nosso sistema, a alegação da causa de pedir seja indispensável para o desenvolvimento do processo de cognição. Tal alegação representa, de fato, o parâmetro para a determinação da jurisdição, da competência, da legitimação para agir. [...]

Se é verdade que o autor alega os fatos, mas não já qualquer “episódio da vida”, mas os fatos que, adequando-se ao modelo de uma norma, geram determinada consequência jurídica, não parece haver dúvida que ele deduz os fatos constitutivos da situação jurídica (substancial) preexistente e, antes de tudo, o caso concreto do qual seja derivada a posição de preeminência a respeito do bem: o que vale dizer, o direito subjetivo (substancial).

Inicialmente, o direito subjetivo é deduzido em juízo no estado de asserção⁶⁰.

Além disso, o direito subjetivo afirmado na petição inicial também constitui o parâmetro para a determinação dos deveres e poderes processuais do juiz e das partes⁶¹.

⁵⁹ “[...] o direito material surge historicamente antes do direito de agir, ambos em sua perspectiva de direito subjetivo concreto, e a definição da fronteira entre as causas de pedir remota e próxima se dá no preciso momento da lide material, ou seja, quando o devedor não se submete à pretensão do credor, manifestada ainda no plano do direito material” (JEVEAUX, Geovane Cardoso. **As relações entre o direito material e o direito processual**. In Questões processuais do novo código civil. MAZZEI, Rodrigo (coord.). Barueri: Minha Editora; Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2006, p. 16).

⁶⁰ Tradução livre do original: “Non c’è dubbio che, nel nostro sistema, l’allegazione della causa petendi sai indispensabile per lo svolgimento del processo di cognizione. Tale allegazione rappresenta, infatti, il parâmetro per la determinazione della giurisdizione, della competenza, della legittimazione ad agire [...] Se è vero che l’attore allega dei fatti, ma non già qualsiasi ‘episodio della vita’ bensì dei fatti che, rientrando nello schema di una norma, generano determinate conseguenze giuridiche, non pare dubbio che egli deduce i fatti costitutivi della situazione giuridica (sostanziale) preesistente e, innanzitutto, la fattispecie concreta da cui sai derivata la posizione di preminenza rispetto al bene: il che va dire il diritto soggettivo (sostanziale). In limine, il diritto soggettivo è dedotto in giudizio allo stato di asserzione.” (FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, pp. 121-122).

Para que possa cumprir sua função, no entanto, a afirmação *in status assertionis* não pode limitar-se a enunciar o direito subjetivo e a obrigação correspondente. É preciso também que seja apontada a lesão ou ameaça de lesão ao direito, bem como o fundamento da legitimação extraordinária, se for o caso⁶².

No que tange à legitimação, Fazzalari salienta que é com base na asserção do autor que é fixada a “situação legitimante” das partes do processo, ou seja, a posição que o sujeito deve ocupar na relação jurídica material para ser titular de um poder ou destinatário de um efeito, dentro da relação jurídica processual. Nesse sentido,

é sobre a base da situação substancial alegada pelo autor que se estabelece, *in limine*, o contraditório: resultando legitimado a agir o sujeito que, no contexto daquela situação, resulte titular do direito e vítima da lesão [...] e legitimado a contraditar o sujeito apontado como titular da obrigação e autor da lesão⁶³.

O direito subjetivo é ainda responsável por fixar os exatos contornos e a natureza da tutela jurisdicional que deverá ser prestada no caso concreto, individualizando o objeto da demanda e os destinatários de tal tutela⁶⁴. Sendo o processo um instrumento de efetivação dos direitos subjetivos, deverá ser prestada uma tutela adequada às necessidades do caso concreto (tutela preventiva, inibitória, condenatória, mandamental, etc.)⁶⁵.

Ao fim do processo de cognição, o direito subjetivo afirmado *in status assertionis*, pressuposto para o desenvolvimento do processo, passa a irradiar seus efeitos, podendo ser cumprido ou executado, caso haja o seu reconhecimento (*rectius*: certificação) por meio de sentença de mérito de procedência.

⁶¹ Ibidem, *passim*.

⁶² Ibidem, p. 127.

⁶³ Tradução livre do original: “[...] è sulla base della situazione sostanziale allegata dall’attore che si stabilisce, *in limine*, il contraddittorio: risultando legittimato ad agire il soggetto che, alla stregua di quella situazione, risulti titolare del diritto e vittima della lesione [...] e legittimato a contraddire il soggetto indicato come titolare dell’obbligo e autore della lesione [...]” (FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, pp. 133-134).

⁶⁴ Ibidem, p. 124.

⁶⁵ Nesse sentido: “A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito *do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. *Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado*. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 113-114).

E, finalmente, também o processo de execução possui uma relação direta com o direito subjetivo substancial. Enquanto no processo de conhecimento os atos processuais praticados pelas partes e pelo juiz têm como pressuposto o direito subjetivo afirmado na petição inicial, que somente adquire um grau de certeza e confirmação de existência com a sentença de procedência, no cumprimento da sentença ou no processo de execução, o direito subjetivo, já reconhecido e delimitado em seus contornos (líquido, certo e exigível) é pressuposto para a realização dos atos executórios⁶⁶.

Afirmou-se, citando Michel Villey, que a noção de direito subjetivo poderia ser uma das chaves do nosso pensamento jurídico atual. E de fato, após analisar a íntima relação entre direito subjetivo e processo, percebemos que esse instrumento (o processo) somente adquire sentido após ser “substancializado”, ou seja, preenchido pelos fatos da vida material, afirmados *in status assertionis* como direitos subjetivos merecedores de proteção jurídica. Trata-se de conceito fundamental para estabelecer os contornos, em cada processo, do que ali se concebe como interesse jurídico, legitimidade, objeto da demanda (que será submetido ao contraditório), etc.

Essa íntima relação entre direito subjetivo e processo, contudo, não é uma via de mão única, mas ocorre de maneira circular, conforme defende Hermes Zaneti Jr. O direito subjetivo dá cor e vida ao processo. Mas este também toca o direito subjetivo e, após esse “Toque de Midas”, ele nunca mais será o mesmo. Passando pela “certificação argumentativa” do Poder Judiciário, potencializada pela imutabilidade da coisa julgada, o direito subjetivo transmuta-se em uma outra realidade, que inclusive pode ser diferente daquela afirmada inicialmente *in status assertionis*.

Nota-se, portanto, que a íntima relação circular entre o direito subjetivo e o processo, por si só, já demonstra a importância do estudo desse conceito para a ciência processual. E, certamente, a maneira pela qual é concebido o direito subjetivo interfere diretamente no modo de atuação dos juízes.

⁶⁶ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 142. Ao iniciar o capítulo terceiro de seu livro, que trata da relação entre direito subjetivo (substancial) e processo, o referido autor antecipou a seguinte conclusão: “*Nel corso di tale indagine, constateremo – con ciò anticipo le conclusioni – che il diritto sostanziale è presente in quel paradigma e v’incide come componente della situazione che legittima vuoi gli atti di parte, vuoi quelli dell’ufficio; e che di tale coordinamento (fra atti del processo e diritto) si possono cogliere più gradi, passandosi dall’asserzione del diritto, la quale legittima gli atti preparatori delle parti e del giudice nel processo di cognizione, all’accertamento del diritto, che legittima, nel processo di cognizione, la sentenza de accoglimento, e, nel processo di esecuzione, tutta la serie procedurale*” (Ibidem, pp. 109-110).

Para um juiz que somente consegue enxergar o direito subjetivo em sua concepção clássica, patrimonialista, como interesse particular ou poder individual da vontade, torna-se extremamente complexo assumir um papel ativo no processo, ou mesmo admitir a concepção de direitos subjetivos de natureza coletiva. Caberia somente aos indivíduos em litígio perseguir e assumir a defesa de seus direitos, diante de um juiz inerte, a quem restaria apenas apontar quem estaria com a razão. Essa maneira de conceber o direito subjetivo, inclusive, deixaria desguarnecidos de proteção importantes direitos subjetivos previstos na Constituição Federal, que necessitam por vezes de uma postura mais ativa do juiz para serem implementados.

O modelo liberal do juiz Pilatos ou Júpiter deve, portanto, ser substituído pelo juiz Hermes, que conduz o processo de forma ativa e em regime de colaboração com as partes, com base em um paradigma deliberativo procedimental⁶⁷. Esse modelo de juiz, por sua vez, para garantir uma máxima efetividade aos direitos subjetivos, dentro do contexto constitucional de solidariedade social, enxerga o direito subjetivo como uma situação jurídica complexa, que outorga aos seus titulares não somente direitos, mas uma plêiade de direitos, deveres, ônus e limitações, permitindo o seu exercício (ou aproveitamento) dentro da moldura traçada pelo ordenamento jurídico-constitucional.

5. OS DIREITOS SUBJETIVOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E OS DIREITOS SUBJETIVOS COLETIVOS COMO OBJETO DO INQUÉRITO CIVIL

O Ministério Público surge, na ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988, como uma instituição de garantia dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e dos direitos subjetivos coletivos.

Assumindo uma feição menos demandista, ganham relevo as atribuições extrajudiciais do *Parquet*, cujas funções perdem aos poucos o caráter repressivo,

⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 126. Trata-se de um modelo em que o processo argumentativo adquire máxima importância, dentro de uma racionalidade prática procedimental que visa perseguir o melhor resultado possível. Para uma análise mais aprofundada dos modelos de juiz, consultar o artigo de François Ost, Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez, *in* Doxa, nº 14, pp. 169-194 (disponível em <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15938>>. Acesso em 19 dez. 2011.

adquirindo contornos de uma atuação preventiva, mais negociada e resolutiva, enfim, mais democrática e próxima da sociedade⁶⁸.

Para a concretização de suas funções institucionais, dispõe o Ministério Público de uma série de instrumentos, como o inquérito civil, o procedimento administrativo, e o termo de ajustamento de conduta.

O inquérito civil, principal objeto de análise da presente dissertação, inspirou-se nitidamente no inquérito policial. Instrumento genuinamente brasileiro, ele foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), como um procedimento de investigação de caráter administrativo, presidido exclusivamente pelo Ministério Público, destinado à colheita de elementos de convicção que pudessem nortear a atuação do *Parquet*, para a propositura da Ação Civil Pública, celebração de termo de ajustamento de conduta, ou promoção de arquivamento dos autos do inquérito⁶⁹. Conforme bem observou Rogério Bastos Arantes:

[...] o inquérito civil é um dos instrumentos mais caros ao Ministério Público. Introduzido no projeto de Lei da ação civil pública por integrantes do Ministério Público paulista (ele não constava no projeto da comissão de juristas, como vimos), o inquérito civil não só se tornou um importante recurso de poder da instituição como seu paralelismo com o inquérito policial teve o efeito secundário (ainda pouco discutido) de impulsionar o Ministério Público no sentido de tomar para si a tarefa da investigação em áreas até então monopolizadas pela polícia⁷⁰.

⁶⁸ Será realizada no capítulo seguinte uma análise mais pormenorizada da posição ocupada pelo Ministério Público na conjuntura do atual Estado Democrático de Direito.

⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40. Convém notar que mesmo antes do advento da Lei 7.347/85, ainda sem a visão do que viria a ser o inquérito civil atual, e sob a influência do sistema previsto para o inquérito policial, o Promotor de Justiça paulista José Fernando da Silva Lopes, em palestra proferida em 1980 no Grupo de Estudos de Ourinhos, sugeriu a criação de um inquérito civil, a exemplo do existente inquérito policial, que deveria ser dirigido por organismos administrativos, visando o encaminhamento ao Ministério Público para servir de base à propositura da ação civil pública. A necessidade de um instrumento como esse passou a ser sentida de modo mais contundente principalmente após o ano de 1981, com o advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dotou a instituição de novos instrumentos e atribuições. Pouco tempo depois, os Promotores de Justiça paulistas Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Jr. apresentaram no XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo um anteprojeto que serviu de base à Lei nº 7.347/85, sendo que a concepção do inquérito civil como existe hoje, ou seja, como um instrumento de investigação de natureza diversa do inquérito policial, conduzido diretamente pelo Ministério Público, nasceu desse anteprojeto (ibidem, pp. 42 e ss.).

⁷⁰ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002, Série Justiça, p. 263.

A disciplina normativa do inquérito civil encontra-se atualmente no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal; nos artigos 8º e 9º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85); nos artigos 25, inciso IV, e 26 da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei 8.625/93); nos artigos 6º, inciso VII, e 8º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93); artigo 6º da Lei 7.853/89 (Lei de proteção das pessoas portadoras de deficiência); artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); artigo 19, parágrafo único, da Lei 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas sobre condutas lesivas ao meio ambiente); artigo 74, inciso I, do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03); na Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, e nas demais resoluções internas de cada ramo do Ministério Público, nos diversos Estados da Federação.

Debate-se na doutrina, acerca do objeto, ou do âmbito de aplicação do inquérito civil. O cerne da discussão encontra-se na redação do artigo 129, III, da Constituição Federal, que consagra em nível constitucional o inquérito civil, e estipula que ele pode ser utilizado “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. O que se pergunta, é se é possível a utilização do inquérito civil para a defesa de direitos que não sejam coletivos, mas que também estejam no âmbito das atribuições do Ministério Público, como a defesa dos direitos individuais indisponíveis, por exemplo, prevista como atribuição do *Parquet* no artigo 127, *caput*, da Carta Magna. Existem duas correntes a respeito do tema.

A primeira corrente nega a possibilidade, com a alegação de que a redação do dispositivo constitucional é expressa no sentido de somente permitir a utilização do inquérito civil para a defesa de direitos de natureza coletiva. Além disso, argumenta-se que se houvesse a necessidade de instauração do inquérito civil todas as vezes que o Ministério Público interviesse na proteção de direitos individuais indisponíveis, seria necessário que, uma vez concluídas as investigações, houvesse a remessa obrigatória do inquérito ao Conselho Superior do Ministério Público para homologação [nas hipóteses de arquivamento ou, para alguns, quando firmado termo de ajustamento de conduta], o que geraria uma sobrecarga do órgão superior com questões de menor importância, em detrimento de matérias de maior repercussão social e natureza transindividual. Essa é a

posição adotada por Eurico Ferraresi⁷¹, embasado no Ato Normativo n. 619/2009 do Ministério Público do Estado de São Paulo⁷².

A segunda corrente defende que o inquérito civil é um instrumento trazido pela Constituição Federal para auxiliar o Ministério Público no cumprimento de todas as atribuições que lhe são cometidas, havendo a possibilidade de sua utilização visando a colheita de elementos para a efetivação ou defesa tanto de direitos de natureza coletiva, como de direitos individuais indisponíveis⁷³. Essa é a posição adotada, dentre outros, por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁷⁴, Hugo Nigro Mazzilli⁷⁵, e Luis Roberto Proença⁷⁶.

Com razão a segunda corrente. O inquérito civil é um instrumento poderosíssimo e uma interpretação ampliadora de sua utilização contribui para um integral cumprimento do papel do Ministério Público como defensor da ordem jurídica e do regime democrático. Ademais, a interpretação das normas constitucionais deve ser sistemática, devendo ser conjugado o artigo 129, III, que consagra o inquérito civil como instrumento do Ministério Público, com o artigo 127, *caput*, que estipula ser uma de suas funções a defesa dos direitos individuais indisponíveis. E não somente nesse caso, mas em relação a todas as outras atribuições cometidas ao *Parquet* deve ser possibilitada a utilização do inquérito civil. Além de haver previsão expressa nesse sentido em diversos diplomas legais⁷⁷, essa também foi a interpretação adotada pela

⁷¹ FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35-36.

⁷² O referido Ato Normativo (PGJ-CPJ-CGMP, de 02 de dezembro de 2009, Pt. N. 25.015/08), estabelece em seu artigo 3º que deverá ser instaurado um procedimento administrativo de âmbito interno para apurar a ocorrência de danos a direitos individuais indisponíveis. Esgotadas todas as diligências, ou não havendo necessidade de sua realização, e não sendo o caso de propositura de ação civil pública ou adoção de outra medida legal, o Promotor de Justiça promoverá o arquivamento dos autos do referido procedimento internamente, sem a necessidade de encaminhamento dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação (Ibidem).

⁷³ Saliente-se que o presente trabalho adota o entendimento de que os direitos de natureza social podem ser enquadrados como direito subjetivo individual indisponível ou como direito subjetivo coletivo, não havendo uma terceira categoria.

⁷⁴ Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 230.

⁷⁵ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107-108.

⁷⁶ Cf. PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

⁷⁷ Nesse sentido, por exemplo, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: “Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”. Igualmente, a Lei Complementar nº 75/93: “Art. 6º

Resolução n. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público⁷⁸ e pela Resolução n. 15/2000 do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo⁷⁹.

Conclui-se, portanto, que o Inquérito Civil é, por excelência, o instrumento outorgado ao Ministério Público pela Constituição Federal para o efetivo cumprimento de suas atribuições em defesa dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e dos direitos subjetivos coletivos. Essas categorias de direitos constituem o objeto sobre o qual deverá incidir a investigação e o exercício dos deveres-poderes pelo membro do Ministério Público.

Compete ao Ministério Público da União: [...] VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para: [...] c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;”. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe em seu artigo 201, inciso V, que “compete ao Ministério Público: [...] V – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no artigo 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal”.

⁷⁸ “Art. 1º. O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. Parágrafo único. O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria” (Disponível em www.cnmp.gov.br. Acesso em 24 de abril de 2011). Note-se que, conforme bem observaram Didier Jr. e Zaneti Jr., a referida resolução “não menciona ações coletivas, mas, sim, ações a cargo do Ministério Público” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 230).

⁷⁹ “Art. 1º O inquérito civil, procedimento administrativo de natureza investigatória, será instaurado para apurar fato que, em tese, autorize o exercício da tutela do meio ambiente, do consumidor, a bem de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, urbanístico, à ordem econômica, de interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis, individuais homogêneos e da defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem” (Disponível em www.mpes.gov.br. Acesso em 24 de abril de 2011).

CAPÍTULO II – O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA DOS DIREITOS SUBJETIVOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E DOS DIREITOS SUBJETIVOS COLETIVOS

O Ministério Público foi alçado pela Constituição Federal como uma instituição de garantia dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos, da ordem jurídica e do regime democrático.

Para o desempenho de sua missão constitucional, dispõe o Ministério Público de um instrumento poderoso, cuja utilização lhe é exclusiva: o inquérito civil. É por meio dele que se materializa o exercício dos deveres-poderes outorgados aos membros do *Parquet*.

É metodologicamente necessária, portanto, uma análise prévia da instituição que fará ou seu uso, antes de se conhecer mais a fundo o próprio instrumento.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A origem histórica do Ministério Público é um tema que gera controvérsias. Dentre os antecedentes mais remotos, costuma-se apontar os *magiaí*, que eram funcionários reais do Antigo Egito responsáveis por denunciar os infratores da lei, zelar pelos interesses do soberano e proteger os cidadãos pacíficos. Faz-se também referência aos *éforos* de Esparta, na Grécia, que acumulavam a função de acusadores e de juízes, além de serem responsáveis pela manutenção do equilíbrio entre o poder do rei e do Senado. Ainda na Grécia antiga, haviam os *tesmótetas*, que atuavam no Arcontado, ou junta de magistrados de Atenas, com a função de zelar pela correta aplicação da lei⁸⁰.

Na Idade Média, foram identificados os *saions*, no Direito Visigodo, que tinham como atribuição a acusação pública e a defesa dos órgãos, e os *gastaldi*, estabelecidos

⁸⁰ ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e Efetividade do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 64.

pelo Direito Longobardo, que exerciam a função de polícia e representantes do rei junto aos duques⁸¹.

A posição mais aceita, contudo, é a que indica a origem do Ministério Público na França. O Rei Felipe, o Belo, regulamentou, por meio da Ordenança de 25.03.1303, as funções dos agentes do poder real que atuavam perante as cortes, defendendo os interesses do soberano. Esse documento é tradicionalmente indicado como a “certidão de nascimento do Ministério Público”⁸².

A inegável influência do direito francês nas origens históricas do Ministério Público pode ser atestada pela expressão *Parquet*, até hoje utilizada para referir-se a tal instituição. Essa expressão significa “assoalho”, e foi atribuída aos membros do Ministério Público porque eles, originalmente, postulavam aos juízes de pé, sobre o assoalho – daí a distinção entre a magistratura sentada (juízes) e a magistratura de pé (membros do Ministério Público)⁸³.

Marcelo Zenkner recorda que nessa época os reis deixaram clara a independência dos membros do Ministério Público, seus representantes, em relação aos juízes. Por isso, eles “não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do mesmo estrado (*Parquet*) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem que falar de pé”⁸⁴.

O Ministério Público Brasileiro, por sua vez, busca suas origens mais imediatas no Direito Lusitano, podendo ser encontrados traços da instituição nas Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas - aplicáveis ao solo brasileiro em decorrência do processo de colonização por parte de Portugal - com a nomenclatura de “Procurador dos Nossos Feitos”, “Promotor da Justiça da Casa da Sopricaçam”, “Procurador dos Feitos da Fazenda”, “Promotor da Justiça da Casa da Supplicação” e “Promotor da Justiça da Casa do Porto”⁸⁵.

⁸¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 8.

⁸² ZENKNER, Marcelo, op. cit., p. 65.

⁸³ GARCIA, Emerson, op. cit., p. 7.

⁸⁴ ZENKNER, Marcelo, op. cit., p. 66.

⁸⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 46-49.

2. A CONSTRUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO POLÍTICA

2.1 A expansão das atribuições do Ministério Público no período pré-democrático

O Ministério Público, após o advento da Constituição Federal de 1988, transformou-se em instituição responsável pela defesa da sociedade e do regime democrático. No entanto, antes de atingir esse patamar de destaque no atual Estado Democrático de Direito, essa instituição permaneceu por muitos anos atrelada a um Poder Executivo autoritário e violador dos direitos e garantias individuais e coletivos. Mas foi justamente essa proximidade contraditória que possibilitou o desenho da instituição, nos moldes como atualmente a conhecemos.

Durante o período do regime militar, foi outorgado ao Ministério Público o papel de auxiliar no controle da administração pública, especialmente nas hipóteses de corrupção e desobediência dos administrados às normas editadas pelos governos militares, tanto no campo criminal quanto no administrativo. Como órgão vinculado e dependente do Poder Executivo, exerceu nessa época função estratégica, graças a uma ampliação significativa de suas atribuições legais e constitucionais⁸⁶. Basta lembrar que os militares fizeram de seu órgão de cúpula – o Procurador-Geral da República – o único órgão legitimado ao ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade⁸⁷.

O Governo Militar tinha a nítida intenção de institucionalizar a revolução, governando não só pela força, mas também por meio da lei⁸⁸ e, nesse contexto, o Ministério Público desempenhou papel decisivo.

⁸⁶ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002, Série Justiça, pp. 38-39.

⁸⁷ A Emenda Constitucional de 1969, que na prática estabeleceu uma nova Constituição, previa em seu Capítulo VII, Seção VII, que o Ministério Público estava diretamente vinculado à estrutura do Poder Executivo. Estabelecia, ainda, em seu artigo 119, I, alínea “I”, que competia ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Posteriormente, a redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 07, de 1977, para admitir também a representação ajuizada pelo Procurador-Geral da República, perante o STF, para “interpretação” de lei ou ato normativo federal ou estadual.

⁸⁸ ARANTES, Rogério Bastos, ob. cit., p. 39.

Essa instituição, na qualidade de representante do Poder Executivo, passou a ser responsável pela correta aplicação da lei, constituindo-se em guardião do interesse do Estado. Nesse sentido, ressalta Rogério Bastos Arantes que:

O que se pode concluir até aqui é que, mesmo por vias tortas, houve uma convergência entre o regime autoritário e o desejo há muito alimentado pelo Ministério Público de se transformar em fiscal da administração e guardião do interesse público. O fato de ter havido um reforço dessas funções durante os anos de autoritarismo talvez explique os grandes avanços que a instituição iria conquistar nos anos de 1980, na medida em que ela pôde se anteciper à transição democrática, ocupando desde antes a posição de fiscal da lei e do interesse público e se habilitando para reivindicar essa mesma posição também no regime democrático. De fato, exceto as atribuições francamente relacionadas ao arbítrio, as demais acumuladas pelo Ministério Público durante o regime militar serão confirmadas e mesmo ampliadas pela Constituição de 1988⁸⁹.

O papel desempenhado pelo Ministério Público durante o regime militar, ainda que na qualidade de representante de governos marcados pelo autoritarismo, foi de extrema importância para a conquista de poderes e garantias que viriam a ser posteriormente consolidadas durante a transição democrática.

A atuação do Ministério Público no período pré-democrático teve, portanto, forte conteúdo corporativo e pragmático, baseado na aproximação com o Poder Executivo, e na conquista de poderes e espaços institucionais através de lobbies. De qualquer maneira, o sucesso dessa estratégia esteve alicerçado no princípio da defesa dos direitos indisponíveis da sociedade (e dos valores de ordem e segurança defendidos pelos militares), bem como na legitimação conferida pelo Código de Processo Civil para atuação em defesa do interesse público⁹⁰.

Fiel em seu papel de representante do Poder Executivo na defesa da ordem pública, o Ministério Público passou a ser “inflado” com uma série de atribuições e poderes, no Código de Processo Civil de 1973, na Lei Complementar 40/81⁹¹, e, finalmente, por meio da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública).

⁸⁹ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002, Série Justiça, p. 44.

⁹⁰ Ibidem, pp. 49-50.

⁹¹ “Dentre outros avanços da Lei Complementar nº 40/1981, podem ser mencionados os seguintes: a) o Ministério Público foi considerado Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; b)

O perfil do Ministério Público como guardião da ordem jurídica e fiscal do fiel cumprimento da lei, já estava desenhado, portanto, antes do advento da Constituição Federal de 1988, conforme bem observa Rogério Bastos Arantes:

Soa lugar comum a idéia de que a Constituição de 1988 deu ao país um novo Ministério Público. Todavia, como vimos, essa afirmação não é verdadeira, uma vez que boa parte dos avanços conquistados pela instituição ocorreu no período anterior. Antes mesmo da eleição para o Congresso Constituinte, em 1986, e com menos de um ano de retorno ao governo civil, com José Sarney, os principais elementos desse novo Ministério Público já estavam dados: fiscal da constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes políticos desde o início do regime militar, guardião do interesse público ampliado desde 1973, instituição definida como permanente e essencial à prestação jurisdicional desde 1981 e, finalmente, agente principal da defesa dos interesses difusos e coletivos pela Lei da ação civil pública de 1985. O fundamento de toda essa expansão do Ministério Público na esfera cível, como vimos, encontra-se no binômio *indisponibilidade de direitos/incapacidade de seus titulares* e que, sem muito questionamento, encontrou abrigo no conceito dos novos interesses metaindividuais ou coletivos⁹².

No entanto, embora grande parte dos poderes e atribuições do Ministério Público já estivesse conquistada antes mesmo do advento da Constituição Federal, foi somente com a Carta Magna que eles passaram a adquirir sua feição atual. Antes, esses poderes eram exercidos para o cumprimento de funções burocráticas, representando interesses do Poder Executivo. Após a Constituição, esses poderes passaram a ser exercidos em defesa dos direitos da sociedade, e do regime democrático⁹³. Transmutaram-se, portanto, de meros poderes, para deveres-poderes, em benefício dos cidadãos, antes que do Estado.

Não se pode negar que a Constituição Federal imprimiu nova “roupagem” ao Ministério Público. Os poderes da instituição, já existentes, foram ampliados, e

a fixação dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional; c) a outorga de autonomia administrativa e financeira à Instituição, com a previsão de dotação orçamentária própria; [...]” (GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 37-38).

⁹² ARANTES, Rogério Bastos, ob. cit, p. 76.

⁹³ Conforme bem observa Marcellus Polastri Lima: “O Ministério Público, responsável pela manutenção do equilíbrio jurídico da sociedade, deixou de ser o ‘agente do soberano’, passando a representar a sociedade e seus valores, e, segundo Vicente Greco Filho, ‘daí afirmar-se que o Ministério Público é um órgão do Estado do e não do Poder Executivo, e que exerce a função de agente do equilíbrio social’, o que, aliás, se encontra consagrado pela Constituição Federal de 1988, que, acertadamente, retirou a Instituição do capítulo referente ao Poder Executivo, reservando-lhe capítulo próprio”(LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. V. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 167).

direcionados a uma finalidade democrática e de defesa da sociedade. Arantes admite que o Ministério Público adquiriu nova feição e poderes após o advento da Carta Magna, mas ressalta que eles seriam, em grande parte, resultado de um *lobby* bem arquitetado das associações do Ministério Público, que conseguiram fazer valer suas reivindicações na Constituinte, visando garantir o processo de expansão das atribuições ministeriais, já iniciado durante o período pré-democrático⁹⁴.

O argumento de que o modelo do Ministério Público na Constituição de 1988 teria sido construído somente por meio de *lobbies* é, no entanto, objeto de crítica por Fábio Kerche. Segundo tal autor, os *lobbies* foram o ingrediente menos importante nesse caso, pois diversas outras associações buscaram exercer a mesma influência no Constituinte e fracassaram. E não haveria nada nas Associações do Ministério Público que pudessem lhe garantir essa influência tão excepcional. Ele argumenta que

[...] o projeto de autonomia do Ministério Público foi bem-sucedido porque os próprios parlamentares constituintes, principalmente os mais à esquerda no espectro político, desejavam uma organização responsável pela fiscalização dos ocupantes de cargos públicos distante do jogo político-partidário. [...]

Paralelamente, para a compreensão dos elementos motivadores desse novo Ministério Público, é importante acrescentar o ambiente político da época, marcado pelo esforço da redemocratização e a negação do período autoritário recente. O projeto de Ministério Público, portanto, não foi um dado isolado e estranho ao processo constituinte. Esse Ministério Público que surgiu em 1988 encaixa-se perfeitamente bem no objetivo de ampliação dos direitos coletivos e na tendência democratizante da Carta Magna⁹⁵.

Pode-se concluir, portanto, que o Ministério Público iniciou a expansão de suas atribuições e importância institucional ao exercer a função de representante e fiscal da lei de um Poder Executivo autoritário, durante o regime militar. E, contraditoriamente, o incremento de suas atribuições, e a nova roupagem que lhe foi dada pela Constituição

⁹⁴ ARANTES, Rogério Bastos, ob. cit., *passim*.

⁹⁵ KERCHE, Fábio. **Virtude e Limites: Autonomia e Atribuições do Ministério Público no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 22-23. Vale ressaltar, no entanto, que Rogério Bastos Arantes não coloca no *lobby* promovido pelas Associações do Ministério Público a única razão para se ter conseguido uma expansão das atribuições do *Parquet* no processo constituinte. Ao contrário, é possível extrair de sua obra que essa expansão é resultado também de um contexto ideológico e histórico a isso favorável, conforme pode se aferir expressamente na seguinte passagem: “O Ministério Público conquistou novas garantias (independência positiva) e recebeu novas vedações (independência negativa) graças a um contexto ideológico favorável – de crítica à hipertrofia do Poder Executivo – e graças a um *lobby* bem organizado e eficiente. [...]” (ARANTES, Rogério Bastos, ob. cit. p. 77).

Cidadã, teve justamente o objetivo de, por meio dessa mesma instituição, defender a sociedade e o regime democrático, para garantir que jamais se repita novamente no solo brasileiro a violência e o desrespeito aos direitos fundamentais, ocorridos durante o autoritarismo.

2.2 O perfil do Ministério Público no Estado Democrático de Direito: a conquista da maioria institucional

Conforme ressaltado no tópico anterior, o Ministério Público passou a ter uma importância cada vez maior durante o regime militar, em defesa de uma ordem jurídica marcada pelo autoritarismo. No entanto, com o advento da Carta Constitucional de 1988, a instituição amadureceu, teve seus poderes ampliados, e sua função direcionada para a defesa da sociedade e do regime democrático. Podemos dizer, então, que o Ministério Público passou a juventude sob a batuta dos militares, mas foi com a Constituição de 88 que ele conquistou sua maioria institucional.

Da maneira como foram definidos os seus contornos, podemos afirmar que se trata de uma instituição única, sem similar em outros países do mundo. Assim afirma com muita eloquência Maria Tereza Sadek:

Gostaria de iniciar o desenvolvimento dessa tese com algumas comparações. Em primeiro lugar, se considerarmos o panorama internacional, perceberemos que o Ministério Público brasileiro é singular. Eu costumo brincar dizendo que, quando as pessoas se gabam exclamando que a jabuticaba só existe no Brasil, retruco, observando que o que existe de fato só no Brasil é o nosso Ministério Público. Podemos encontrar instituições análogas na América Latina, no mundo Europeu e na América do Norte. Em nenhum dos países, contudo, vamos nos deparar com um Ministério Público que apresente um perfil institucional semelhante ou que ostente igual conjunto de atribuições. O nosso Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, passou a ser uma instituição que tem pouca semelhança com seus congêneres no exterior e tampouco com o Ministério Público brasileiro do passado. Eu até diria, ousando uma observação mais radical, que o nome é o mesmo, mas a instituição não⁹⁶.

⁹⁶ SADEK, Maria Tereza. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 12. Jan/Jun 2009, p. 131.

O Ministério Público cresceu incomensuravelmente em importância, e seus membros ainda amadurecem a reflexão acerca da melhor maneira de exercer suas atribuições em defesa da sociedade. Aliás, a instituição conquistou sua maioria não somente em decorrência da nova feição que lhe imprimiu a Constituição Federal, mas também como resultado de nova oxigenação que lhe tem dado os seus membros, que têm demonstrado uma atuação séria e destemida em defesa da sociedade e do regime democrático. Rogério Bastos Arantes ressalta que em busca da plena eficiência no exercício de suas atribuições, os membros do Ministério Público se firmam como verdadeiros agentes políticos transformadores da realidade:

[...] o Ministério Público brasileiro se transformou no agente principal da judicialização da política no Brasil hoje. Em termos de análise comparativa, inclusive, há fortes indícios de que estamos diante de uma instituição singular. Entretanto, tão ou mais importante que os aspectos institucionais dessa mudança é a dimensão da ação concreta, orientada por uma visão doutrinária e ideológica especial dos integrantes dessa instituição. A observação da atuação e promotores e procuradores e dos valores ideológicos que estão disseminados no interior da instituição permitiu-nos concluir que o Ministério Público está passando, nos últimos anos, por um processo de *reconstrução institucional* extraordinário. Os resultados de nossa pesquisa empírica, na linha da segunda vertente apontada acima, demonstram que esse processo teve e tem fortes traços endógenos: os próprios integrantes do Ministério Público, imbuídos da convicção de que devem se tornar defensores da sociedade, desenvolveram ações dentro e fora de seu círculo normal de atribuições, com vistas a transpor as fronteiras do sistema de justiça *stricto sensu* e invadir o mundo da política. A análise desse fenômeno de origem endógena nos levou a construir o conceito de *voluntarismo político*, pelo qual pretendemos explicar o modo como o Ministério Público se transformou em um novo ator político⁹⁷.

A soma desse conjunto de fatores – atribuições relacionadas à defesa da sociedade e da democracia, atuação destemida e voluntariosa de seus membros, existência de instrumentos eficazes para o exercício de suas atribuições – transforma os membros do Ministério Público em agentes políticos de grande importância no Estado Brasileiro. Nesse sentido, as observações de Maria Tereza Sadek são novamente precisas:

⁹⁷ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002, Série Justiça, p. 15.

É claro que tanto a localização institucional quanto o rol de atribuições vão implicar consequências no perfil da instituição. Talvez, a mais importante entre elas seja o fato de que o Ministério Público se constitui em ator político relevante, um ator político de primeiríssima grandeza. [...] Ator político, contudo, não significa ator partidário ou atuação segundo padrões ideológicos. Significa a configuração de uma instituição e de seus integrantes como agente dotado de poder, de recursos de poder, que possibilitam e credenciam atuações na vida pública, com capacidade de alterar os rumos da vida pública e de impor suas decisões. [...] ⁹⁸

A capacidade de influenciar os rumos da vida pública e impor suas decisões transforma o Ministério Público em instituição política de grande importância no regime democrático. De fato, a experiência tem demonstrado que não existe instituição no Brasil que tenha influenciado mais o direcionamento das políticas públicas do que o Ministério Público.

Seja na esfera judicial, ou extrajudicial, o Ministério Público tem se revelado como o verdadeiro guardião dos interesses da sociedade, com forte e resoluta atuação nas mais diversas áreas: combate à corrupção, meio ambiente, saúde, educação, etc. Muitas conquistas sociais talvez não houvessem sido alcançadas sem o trabalho diuturno e a persistência dos membros do Ministério Público em exigir do Estado o cumprimento dos objetivos traçados pela Constituição Federal na concretização dos direitos sociais.

Não obstante, é preciso que a Instituição ainda se desenvolva mais decisivamente dentro de um modelo resolutivo, no ambiente extrajudicial, e não como agente demandista. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é aquele que atua perante o Poder Judiciário, propondo demandas que na maioria das vezes demoram anos para serem julgadas, sem grande efetividade. O Ministério Público resolutivo é aquele que busca enfrentar o problema no âmbito extrajudicial, em regime de cooperação com a sociedade civil e os agentes infratores envolvidos, servindo como pacificador da conflituosidade social ⁹⁹.

⁹⁸ SADEK, Maria Tereza, ob. cit., p. 133.

⁹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social.** In Temas atuais do Ministério Público: A atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. CHAVES, Cristiano et al. (coord.). 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, pp. 27-28.

O desenvolvimento de um Ministério Público mais resolutivo e menos demandista é o próximo estágio de evolução dessa instituição. A sua atuação como agente político, visando enfrentar os problemas crônicos da sociedade brasileira, deve-se dar em regime de cooperação com outras instituições e com a própria sociedade civil, no âmbito extrajudicial¹⁰⁰.

O ambiente propício para o desenvolvimento desse debate democrático é o inquérito civil, instrumento garantido pela Constituição Federal para que o Ministério Público desenvolva suas atribuições de maneira oficial, servindo como suporte para a realização de audiências públicas, expedição de recomendações, elaboração de análises técnicas e, eventualmente, como embasamento de ações judiciais, quando todas as alternativas extrajudiciais de resolução do problema tenham se mostrado inócuas.

3. O INQUÉRITO CIVIL COMO AMBIENTE PROPÍCIO AO DESENVOLVIMENTO DO DEBATE DEMOCRÁTICO

3.1 Em busca de uma atuação extrajudicial democrática do Ministério Público

O Ministério Público é o órgão incumbido de maneira direta pela Constituição Federal para promover a defesa do regime democrático. Ora, se a democracia pressupõe a participação dos cidadãos nos processos decisórios (diretamente ou por meio de representantes), não pode o membro do Ministério Público atuar e tomar decisões sozinho, encastelado em seu gabinete, como se a sua aprovação no concurso público já

¹⁰⁰ O Ministério Público deve evoluir como instituição. Assim como o Estado Democrático de Direito representa uma evolução do Estado Social, o Ministério Público deve evoluir de um modelo demandista para um modelo resolutivo, que incentiva a construção cooperativa da solução dos problemas e estimula o debate de forma democrática. Nesse sentido, irretocável a lição de Hermes Zaneti Jr., no sentido da inclusão do valor ‘participação’ como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: “O Estado Democrático de Direito, também chamado agora Estado Constitucional Democrático, sobressai da evolução histórica do Estado Social, que agregou o elemento participativo. Portanto, advém da ultrapassagem do Estado Social e do reconhecimento, não somente pela doutrina, mas também pela própria norma, da internalização do valor ‘participação’ na formação das decisões estatais. O valor participação não é mera técnica, exige comprometimento, e sua efetivação demanda reconhecer a importância do diálogo, da dialética, como direito de influência e dever de debates por parte do órgão de decisão” (ZANETI JR., Hermes. **Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo procedimental de democracia (Parte I).** In Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina et al. (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 201-202).

lhe houvesse garantido toda a legitimidade necessária para o desempenho de suas atribuições em prol da sociedade.

A fim de atuar de forma eficaz e legítima, visando a efetiva defesa dos interesses sociais, deve primeiramente o membro do Ministério Público conhecer que interesses seriam esses, e quais os problemas efetivamente enfrentados pela sociedade em seu cotidiano.

Cabe ao membro do Ministério Público, como agente político, a análise de critérios de conveniência e oportunidade no tocante à escolha de quais problemas e questões mais urgentes devem ser enfrentados em sua Comarca, em detrimento de outros. Contudo, esse processo de escolha, ou a maneira como se dará esse enfrentamento, deve passar pelo crivo de legitimação social, firmado através do efetivo contato do Ministério Público com a sociedade civil. Segundo Habermas,

A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas¹⁰¹.

As questões sociais mais urgentes, em que há interesse geral em sua resolução, devem ser encontradas pelo membro do *Parquet* através de seu contato com a sociedade civil. Em muitos casos, ele pode estar equivocado em sua percepção de quais seriam os problemas mais sérios em sua Comarca. Esse contato lhe garante uma visualização da realidade social que seria impossível atingir apenas com elucubrações solitárias em seu gabinete.

A sociedade civil deve ser convocada não só para expor os problemas, mas também para dialogar com o membro do Ministério Público as suas possíveis soluções. Essa medida visa evitar que o remédio acabe por se tornar muito pior do que a doença. Uma intervenção que inicialmente pode parecer benéfica pode ter consequências catastróficas, se adotada por Promotores, Procuradores e Juízes burocratas e despreocupados em dialogar com a comunidade envolvida, ou conhecer sua realidade.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 99.

Nesse sentido, no curso do inquérito civil, deve o membro do Ministério Público convocar a sociedade civil para o debate, através de reuniões ou audiências públicas¹⁰² (que deverão ser formalizadas nos autos por meio de atas e documentos), a fim de buscar conhecer e solucionar os problemas sociais de forma cooperativa.

Para que o debate travado possa trazer bons frutos, é preciso que ele, nas palavras de Habermas, seja direcionado com base em uma liberdade comunicativa, em que os sujeitos estão dispostos a aceitar as mesmas razões como decisivas, com a finalidade de chegar a um entendimento sobre algo. Seus planos de ação devem ser coordenados, no bojo do procedimento, visando atingir tal entendimento. A fim de se atingir uma solução adequada aos anseios sociais, e que possa encontrar embasamento no ordenamento jurídico, a discussão deve desenvolver-se fora do âmbito da liberdade subjetiva, na qual os interlocutores não buscam precipuamente o entendimento, mas agem em função do sucesso e buscando apenas convencer e exercer influência sobre o outro¹⁰³.

Desse modo, certamente se chegará à “melhor solução possível” para o caso concreto, e isso independentemente do nível social ou cultural dos participantes do debate. O que importa é debater com quem vivencia a realidade, e por isso deve ser desde logo afastada a chamada “teoria da elite”, segundo a qual o pleno exercício da democracia dependeria do preparo da comunidade para o debate¹⁰⁴.

A opinião pública necessita de espaços como o inquérito civil para gerar influência social e política, e concretizar seus anseios. Discursos públicos informais não são suficientes para se atingir esse objetivo. Assim, de acordo com Habermas,

[...] essa influência pública e política tem que passar antes pelo filtro dos *processos* institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção *testada* sob o

¹⁰² “O mecanismo da audiência pública é um forte canal de ampliação e fortalecimento da legitimação social do Ministério Público, seja por permitir um diálogo mais direto com a sociedade, seja por permitir que a Instituição estabeleça seu programa de atuação funcional a partir das propostas e reclamações da própria sociedade” (ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social**. In Temas atuais do Ministério Público: A atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. CHAVES, Cristiano et. al. (coord.). 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 40).

¹⁰³ LUCHI, José Pedro. **A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado**. In Linguagem e socialidade. Vitória: EDUFES, 2005, p. 130.

¹⁰⁴ ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 166.

ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas. Ora, a soberania do povo, diluída comunicativamente, não pode impor-se *apenas* através do poder dos discursos públicos informais – mesmo que eles tenham se originado de esferas públicas autônomas. Para gerar um poder político, sua influência tem que abranger também as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada¹⁰⁵.

O inquérito civil, robustecido pelo processo deliberativo-cooperativo desenvolvido entre o Ministério Público e a sociedade civil, constitui-se em poderoso instrumento para uma atuação legítima do *Parquet*. Isso porque o membro do Ministério Público passará a atuar pautado e legitimado pela opinião pública, expressa claramente no inquérito civil através do processo de debate que foi desenvolvido em seu âmbito.

As providências adotadas a partir de então (recomendações, celebração de compromissos e ajuizamento de ações civis públicas), não serão mais encaradas como uma atuação apenas do Ministério Público. Muito além disso, será a própria sociedade civil que estará agindo por meio da instituição eleita pela Constituição Federal para a defesa de seus direitos mais basilares. “A opinião pública, com efeito, não pode ela mesma governar, mas pode orientar o uso do poder administrativo em determinadas direções”¹⁰⁶.

Importa ainda ressaltar que o inquérito civil deve servir de palco não somente para o debate com a sociedade civil, mas também com o agente causador da ameaça ou dano ao direito subjetivo coletivo.

A conflituosidade gerada no seio social pode ser amenizada, ou dissipada, por meio do diálogo promovido no inquérito civil entre as partes envolvidas. Colocar em uma mesma “mesa de debate”, representantes da sociedade civil, o agente causador da ameaça ou dano, e o Ministério Público, costuma trazer bons frutos. Aliás, a adoção de tal expediente muito frequentemente evita a necessidade de ajuizamento de ações civis públicas, que são substituídas por acordos firmados entre as partes, formalizados por meio de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 105.

¹⁰⁶ LUCHI, José Pedro. **Para uma teoria deliberativa da democracia**. Texto cedido pelo autor aos alunos da disciplina Processo, Justiça e Ética do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, p. 06.

A ideia da “autolegislação”, ou seja, a capacidade de os participantes do debate entenderem-se não somente como “destinatários”, mas também como “autores” do compromisso firmado¹⁰⁷, garante maior efetividade e celeridade na adoção das medidas necessárias à proteção dos direitos subjetivos coletivos, pois a discussão sobre a obrigação e o *modus* de seu cumprimento já terá sido travada, o que diminui a chance de contendas nesse sentido.

3.2 A prioridade da atuação preventiva do Ministério Público

A tutela preventiva possui o objetivo de prevenir a prática, a repetição ou a continuação da conduta ilícita. Trata-se de tutela voltada para o futuro, visto que age antes da ocorrência do ilícito, prevenindo sua prática; ao contrário da tutela ressarcitória, que pressupõe o dano a um bem jurídico, ocupando-se de quem deve suportar o custo de tal dano, sendo uma tutela voltada ao passado¹⁰⁸.

O Ministério Público pode buscar a tutela preventiva por meio de demanda ajuizada perante o Poder Judiciário, visando evitar a prática ou repetição do ilícito. Muito mais efetiva, no entanto, será a sua atuação se puder evitar o ilícito no âmbito extrajudicial, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Com razão Maria Tereza Sadek, ao destacar:

pode-se afirmar que a mais forte área de atuação institucional do Ministério Público é aquela que prescinde do Poder Judiciário, ou seja, a busca de soluções mais efetivas, mais rápidas. A população sabe, e isso não é só uma percepção, que uma questão após ingressar no Poder Judiciário leva anos para ser decidida e concluída¹⁰⁹.

A atuação preventiva deve ser privilegiada, antes de tudo por ser mais efetiva. Quando o membro do Ministério Público, nas investigações desenvolvidas no inquérito civil, se depara com alguma ilegalidade ou ameaça/dano a um direito subjetivo coletivo, já visualiza as medidas necessárias para debelar a ilegalidade e proteger o bem jurídico.

¹⁰⁷ A concepção de autonomia e autolegislação é desenvolvida teoricamente por Habermas na obra **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154 *passim*.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006., p. 36.

¹⁰⁹ SADEK, Maria Tereza. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 12. Jan/Jun 2009, p. 139.

Essa atuação preventiva será ainda mais célere e efetiva se buscada no âmbito extrajudicial, por meio da realização de reuniões e audiências públicas, da expedição de ofícios e recomendações, da celebração de compromissos de ajustamento de conduta, etc. O ingresso no Poder Judiciário deve sempre ser encarado como *ultima ratio* na atuação em defesa do direito subjetivo individual indisponível ou coletivo¹¹⁰.

Conforme já ressaltado no tópico anterior, uma solução que se atinge por meio do diálogo e da negociação geralmente é mais célere e efetiva na defesa ou recomposição do bem jurídico coletivo. No entanto, ainda predomina uma visão de atuação repressiva do direito – que deve ser modificada. A concepção dominante considera o direito como um instrumento de coação, de modo que são supervalorizadas as sanções negativas (punição)¹¹¹. O raciocínio não deve ser este. Na verdade, a atuação do Ministério Público deve ser pautada visando precipuamente a proteção ao bem jurídico e, porque não admitir, a premiação do comportamento do agressor que visa adequar ou ajustar sua conduta aos parâmetros previstos no ordenamento jurídico.

A visão do Estado como ordenamento protetor-repressivo encontra-se em crise. Antes de punir infratores, devemos nos preocupar para que não haja a infração. E, quando houver, devemos nos perguntar por que ela ocorreu. Vivemos um momento histórico em que a atuação dos agentes públicos deve buscar incentivar os particulares às boas práticas, e em evitar o ilícito, antes mesmo que ele ocorra. Norberto Bobbio estava certamente com a razão, ao afirmar que:

No Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função *promocional*¹¹².

¹¹⁰ Existem situações, no entanto, em que é imperioso o ajuizamento da demanda, quando detectada a ilegalidade, como na hipótese de se verificar a prática de ato de improbidade administrativa, por exemplo. Ainda assim, nada obsta a que o dano causado ao Erário (se existente) seja reparado antes mesmo do ajuizamento da ação judicial, o que poderá gerar reflexos no momento da dosimetria da pena a ser aplicada.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 7.

¹¹² Ibidem, p. 13.

3.3 A atuação do Ministério Público como instituição de garantia

Antes de classificar o Ministério Público como uma instituição de garantia, é preciso que seja definido o sentido pelo qual se toma o termo “instituição”, até mesmo para saber se o Ministério Público efetivamente é ou não uma instituição.

Nesse sentido, leciona Tárek Moussallém que “toda definição de um conceito é em si mesma corte metodológico. Definir será, em última instância, circunscrever, recortar a região da linguagem da realidade social a ser inquirida”¹¹³.

Portanto, a fim de realizarmos o necessário corte metodológico, utilizaremos a definição de instituição proposta por John Rawls:

Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações¹¹⁴.

Partindo da definição proposta por Rawls, pode-se afirmar que o Ministério Público é uma instituição. Ele possui um sistema público de regras que define suas atribuições, bem como os direitos, deveres, poderes e imunidades de seus membros. Além disso, o exercício dessas atribuições encontra limites expressos por esse mesmo sistema de regras, que estabelece punições em caso de violações.

O sistema público de regras que rege a estrutura e atribuições do Ministério Público encontra-se disperso por todo o ordenamento jurídico pátrio, iniciando na Constituição Federal (artigos 127 a 130-A), e de forma mais minuciosa nas leis que tratam das normas gerais de organização do Ministério Público Federal (Lei Complementar nº 75/93) e do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625/93). Além disso, existem dispositivos legais que dispõem sobre as atribuições do Ministério Público espalhados por todo o ordenamento jurídico, como, por exemplo, no Código de Processo Civil e nos demais diplomas que fazem parte do Microsistema Processual

¹¹³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 39.

¹¹⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 58. Ressalte-se que o referido autor propõe uma visão ampla do que seria esse chamado “sistema público de regras”, não sendo necessariamente normas que emanam do Estado. Essas regras poderiam surgir do costume social, por exemplo. Por tal motivo, Rawls apresenta “como exemplos de instituições, ou, falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade.” (Ibidem).

Coletivo. Finalmente, também em nível infralegal, por meio de resoluções e atos normativos específicos de cada ramo do Ministério Público, o exercício das atribuições é igualmente objeto de regulamentação.

A própria Constituição Federal, ápice de nosso ordenamento jurídico, proclamou expressamente o Ministério Público como instituição. E, ao assim proclamá-lo, estabeleceu desde já a sua principal função: defender e garantir a higidez da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesse sentido, enuncia o artigo 127 da Carta Magna: “O ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Afirmou-se inicialmente, no entanto, que o Ministério Público seria não somente uma instituição, mas uma instituição de garantia. Para esmiuçar essa definição, utilizaremos a classificação das funções públicas proposta por Luigi Ferrajoli.

O Professor da Universidade de Roma Tre defende que as funções públicas podem ser classificadas em duas espécies principais: funções de governo e funções de garantia. São funções de governo todas aquelas funções políticas e administrativas que comportam um exercício discricionário no campo do decidível, respeitando os limites legais. São comumente exercidas no âmbito da política, tendo como parâmetro de avaliação a eficiência e a utilidade. Cita como exemplo de funções de governo as decisões em matéria de políticas públicas urbanísticas, as questões diplomáticas em matéria de política externa, dentre outras. As funções de garantia, por sua vez, são aquelas vinculadas à observância e aplicação da lei, possuindo como critério de avaliação a exatidão e validade dos resultados alcançados, com base no atendimento dos pressupostos legais¹¹⁵.

As funções de garantia podem ainda ser divididas em funções de garantia primária e secundária. As funções de garantia primária visam, segundo Ferrajoli,

[...] a aplicação substancial da lei, como aquela cuja prática consiste na prestação obrigatória que satisfaça os direitos sociais, do direito à saúde ao direito à educação, à previdência ou à subsistência. Conceder uma pensão ou prestar assistência sanitária a quem deles necessitam,

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 1 – Teoria del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007, pp. 872-874.

ou assegurar aos menores a escolaridade obrigatória, por exemplo, não constituem funções de governo, mas funções de garantia: uma vez que não implicam nem consentem escolhas discricionárias informadas pelo princípio majoritário, mas exigem ao contrário uma satisfação imparcial do direito de todos¹¹⁶.

As funções de garantia primária, portanto, são todas aquelas exercidas pelos agentes públicos, visando a materialização dos direitos subjetivos (principalmente de caráter fundamental) previstos em abstrato no plano normativo. É campo de atuação vinculada da Administração Pública.

Interessante observar que Ferrajoli considera que os direitos subjetivos fundamentais e sociais (saúde, previdência, educação, etc.) devem ser *garantidos* aos cidadãos, por meio do exercício da *função pública de garantia primária*. Não se trata de função de governo, não estando, portanto, a sua implementação sujeita a critérios de discricionariedade do Administrador. A ausência de execução adequada do Orçamento Público poderia, portanto, com base em tal entendimento (e indo um pouco além das ideias propostas por Ferrajoli), gerar a responsabilização do Administrador Público ou mesmo permitir o controle judicial das políticas públicas¹¹⁷.

O referido controle judicial de políticas públicas, ou mesmo a atuação de outros órgãos, como o Ministério Público, na defesa pela implementação dos direitos fundamentais e sociais, são classificadas por Ferrajoli como funções de garantia secundária. Segundo o autor italiano, “são funções de garantia secundária, ou em sentido amplo judiciárias, todas aquelas jurisdicionais ou parajurisdicionais, que

¹¹⁶ No original: “[...] *all'applicazione sostanziale della legge, come quelle il cui esercizio consiste nelle prestazioni obbligatorie che soddisfano i diritti sociali, dal diritto alla salute ai diritti all'istruzione, alla previdenza o alla sussistenza. Erogare una pensione o prestare l'assistenza sanitaria a chi ne ha diritto, o assicurare ai minori la scuola dell'obbligo, per esempio, non costituiscono funzioni di governo, ma funzione di garanzia: giacché non implicano né consentono scelte discrezionali informate al principio maggioritario, ma richiedono al contrario l'imparziale soddisfazione dei diritti di tutti.*” (Ibidem, p. 873).

¹¹⁷ Nesse sentido, o controle judicial das políticas públicas seria apenas uma decorrência do exercício da função de garantia secundária pelo Poder Judiciário. Destacam Alexandre de Castro Coura e Pedro Ivo de Sousa que “a força normativa constitucional é quem impulsiona o Poder Judiciário para uma maior concretização dos direitos fundamentais, que não podem ser violados pela ausência total ou parcial de políticas públicas eficientes. A legitimidade do controle do Poder Judiciário provém do próprio texto constitucional que consagra os objetivos que devem ser alcançados pelo Estado, quer seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ainda que este tenha que assumir funções que, originariamente, não seriam de sua competência” (COURA, Alexandre de Castro. SOUSA, Pedro Ivo. **Controle judicial de políticas públicas**. Artigo arquivado nos Anais do Conpedi, p. 4068 e disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro ivo de sousa.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro%20ivo%20de%20sousa.pdf). Acesso em 27 de dezembro de 2011).

consistam na verificação e na sanção ou reparação da violação de uma garantia primária”¹¹⁸.

As funções de garantia secundária, na proposta de Ferrajoli, apresentam grande similitude com o direito subjetivo função, ou os direitos-deveres, que no caso do Ministério Público são um plexo de atribuições e competências outorgado a seus membros, visando não a proteção de seus próprios interesses, mas a defesa de direitos subjetivos individuais indisponíveis ou coletivos.

Ferrajoli sustenta ainda que as instituições públicas também podem ser classificadas com base na divisão anterior das funções públicas, entre funções de governo e de garantia¹¹⁹. Ele propõe que sejam classificadas como instituições de governo e instituições de garantia as instituições públicas que possuam respectivamente a atribuição para o exercício de funções de governo, e de funções de garantia¹²⁰.

As instituições de governo, investidas de funções públicas de caráter discricionário, possuem ampla liberdade de atuação, devendo atender apenas os limites fixados pelas normas jurídicas. Agem dentro da esfera do decidível, podendo atuar com base em critérios de conveniência e oportunidade, desde que dentro da “moldura legal”.

¹¹⁸ Tradução livre do original: “Sono invece funzioni di garanzia secondaria, o in senso lato giudiziarie, tutte quelle giurisdizionali o paragiurisdizionali, cioè consistenti nell'accertamento e nella sanzione o riparazione della violazione di una garanzia primaria” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 1 – Teoria del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007, p. 875).

¹¹⁹ Convém ressaltar, no entanto, que Ferrajoli admite que a classificação das funções públicas e das instituições não pode ser encarada de maneira radical, uma vez que, na prática, as funções de governo e garantia são exercidas simultaneamente pelas instituições públicas – embora cada instituição tenha um campo de exercício de função pública prevalente, seja como função de governo ou de garantia. Isso não diminuiria, no entanto, a importância e a idoneidade da distinção traçada. Nas palavras do autor: “In concreto, tutte le pubbliche funzioni e istituzioni condividono, in qualche misura, questi opposti connotati, risultando perciò solo prevalentemente e tendenzialmente di governo o di garanzia. Ma questo non toglie l'idoneità delle nostre distinzioni [...]” (Ibidem, p. 876). Também no volume 2 de sua obra, que trata da Teoria da Democracia, ele faz a mesma ressalva: “Naturalmente può ben accadere, nella pratica, che esistano funzioni e istituzioni intermedie, in parte di governo e in parte di garanzia, delle quali si giustificano gradi più o meno intense di separazione e correlativamente di divisione: per esempio la sola separazione funzionale e non anche quella organica, o viceversa, o anche gradi più o meno rigidi dell'una o dell'altra. Ma questo non toglie l'importanza e la nettezza, sul piano teorico, della distinzione concettuale, posta a fondamento della separazione tra le due classi di funzioni e delle correlative istituzioni” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 2 – Teoria della democrazia. 2 ed. Roma: Editori Laterza, 2009, p. 206).

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 1 – Teoria del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007, p. 875.

Requerem, portanto, uma legitimação política para sua atuação, como expressão da vontade da maioria¹²¹.

As instituições de garantia, por sua vez, são investidas de funções vinculadas à efetivação e aplicação da lei e à tutela de direitos, e buscam sua legitimação não na vontade da maioria, mas diretamente no ordenamento jurídico-constitucional¹²². Nesse sentido, esclarece Hermes Zaneti Júnior:

Assim, o que realmente diferencia os poderes é exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo) ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). As funções de garantia estão assim diferenciadas das funções de governo, porque atuam para a conformação da margem do decidível, colocando-lhe limites e vínculos definidos pelos direitos fundamentais, a esfera do “não decidível que” (direitos de liberdade) e do “não decidível que não” (direitos sociais). A *função de garantia*, portanto, atua como função contramajoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do nosso modelo constitucional garantista¹²³.

Portanto, as instituições de garantia possuem atuação vinculada aos ditames constitucionais e legais, embora seus agentes possam decidir a melhor maneira de atuar para garantir efetividade aos direitos que lhes cabem defender. Devem agir de forma

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 2 – Teoria della democrazia. 2 ed. Roma: Editori Laterza, 2009, p. 206.

¹²² As instituições de garantia buscam, de fato, sua legitimação nas normas jurídicas. Mas não se pode olvidar a existência de uma série de normas no âmbito do direito internacional, como pactos e tratados, principalmente que versam sobre direitos humanos, que também devem ser concretizados por meio das instituições de garantia. Pode-se defender, portanto, a existência de instituições de garantia inclusive no plano internacional, como as Organizações das Nações Unidas, por exemplo. Embora se deva ter certa cautela com os limites de atuação de tais organismos internacionais, a fim de ser respeitada a soberania dos povos, não podemos deixar de advogar a tese de que existem direitos fundamentais da pessoa humana que devem ser considerados inalienáveis, e de observância obrigatória em todo o globo. Em um mundo cada vez mais globalizado e organizado em blocos econômicos e políticos, esse pensamento tende a se tornar cada vez mais forte. Nesse sentido também se posiciona Ferrajoli: “*Il problema delle garanzie dei diritti, cioè delle loro leggi di attuazione, e perciò della costruzione della democrazia attraverso l'introduzione di idonee funzioni e istituzioni di garanzia, si pone, evidentemente, soprattutto sul terreno del diritto internazionale. Su questo terreno, infatti, esistono già innumerevoli carte, dichiarazioni, convenzioni e patti sui diritti. Ciò che manca a queste carte è la loro attuazione sia pure soltanto normative, cioè l'edificazione e lo sviluppo di una sfera pubblica globale*” (FERRAJOLI, Luigi. **Dodici questioni intorno a Principia iuris**. in *Diritto e Democrazia* nel pensiero di Luigi Ferrajoli. A cura di Stefano Anastasia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 206).

¹²³ ZANETI JR., Hermes. **A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia**. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 50.

independente e, até mesmo, contra a vontade da maioria¹²⁴, se necessário ao exercício de suas atribuições e à tutela dos direitos, principalmente se de caráter fundamental¹²⁵.

Desse modo, considerando que compete ao Ministério Público o exercício de função de garantia secundária – por possuir a tarefa de atuar em defesa das garantias primárias relacionadas aos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos – podemos afirmar que o *Parquet* se trata de uma *Instituição de Garantia Secundária*, nos moldes da classificação proposta por Ferrajoli.

¹²⁴ Ferrajoli é bastante contundente acerca dos perigos de uma “democracia da maioria” transformar-se em “tirania da maioria”. Ele defende que um governo democrático não se constitui apenas pelo respeito à vontade da maioria, mas principalmente pela consagração de valores democráticos e dos direitos fundamentais. Uma democracia forte também passa pelo respeito aos direitos das minorias. O simples atendimento da vontade da maioria, sem a ressalva assinalada, poderia levar inclusive ao estabelecimento de governos totalitários, de uma maneira “democrática”: “[...] *é possibile democraticamente, cioè a maggioranza, sopprimere gli stessi diritti politici, il pluralismo politico, la divisione dei poteri, la rappresentanza, in breve l'intero sistema di regole nel quale consiste la democrazia politica. Non parlo di ipotesi di scuola: alludo alle terribili esperienze totalitarie del secolo scorso, quando il fascismo e il nazismo si impadronirono del potere in forme democratiche e poi lo consegnarono 'democraticamente' a un capo che sopprime la democrazia*” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 2 – Teoria della democrazia. 2 ed. Roma: Editori Laterza, 2009, p. 07). O exercício do poder pela maioria deve respeitar alguns limites, a fim de proteger o próprio sistema democrático. Tais limites não são somente de forma e procedimento, mas geralmente se identificam com o núcleo duro dos direitos fundamentais, conforme bem assinala Alessandro Ferrara, Professor de Filosofia Política da Universidade de Roma Tor Vergata, ao comentar a obra de Ferrajoli: “*Ferrajoli offre dunque, in conclusione, la seguente argomentazione: alla autonomia legislativa e politica della maggioranza democratica vanno poste limitazioni, sotto forma di diritti fondamentali inalienabili, al fine di preservare la natura stessa dei diritti quali prerogative di tutti e di ciascun cittadino. Se una maggioranza legifera una riduzione della portata dei diritti, indipendentemente dal fatto che utilizzi un procedimento formalmente corretto, come negli esempi sopra menzionati, abusa delle sue prerogative appropriandosi, alterando o altrimenti limitando qualcosa che non è a disposizione dei suoi membri poiché appartiene ad ogni cittadino, dunque anche a coloro che con tale maggioranza non si identificano. La sovranità può allora essere definita come una 'proprietà congiunta' della costituzione e questa formula, se vogliamo tenerci lontani da una concezione essenzialista del 'popolo' come un macro-soggetto, implica che nessuno può essere privato legittimamente di tali diritti, indipendentemente dal fatto che tale ridimensionamento dei diritti derivi dall'uso illegale della forza o da un processo legislativo formalmente corretto*” (FERRARA, Alessandro. **Democrazia costituzionale e blindatura strutturale nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli**. in *Diritto e Democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*. A cura di Stefano Anastasia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, pp. 129-130).

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 206. A atuação das instituições de garantia secundária é ainda especialmente importante para a proteção dos direitos fundamentais da minoria: “A evolução do constitucionalismo evidencia a necessidade de respeito à alteridade e de reconhecimento de minorias, legitimando o caráter plural das sociedades contemporâneas. Desde o surgimento das revoluções liberais burguesas, essa evolução vem incorporando ao discurso constitucional o reconhecimento de grupos socialmente vulneráveis, como o caso de mulheres, negros e homossexuais (COURA, Alexandre de Castro. AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Igualdade, inclusão e a inexorável (re)construção da identidade do sujeito constitucional**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), nº 08, 2010, p. 203).

3.3.1 O conflito entre a independência funcional e o planejamento institucional

Considerar o Ministério Público como instituição já traz ínsita a noção de unidade em prol de um objetivo. De fato, a unidade é um dos princípios institucionais do Ministério Público, estabelecido pela própria Constituição Federal, em seu artigo 127, § 1º. “Por este princípio, entende-se que o Ministério Público se constitui de um só organismo, uma única instituição. Quando um membro do *parquet* atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público”¹²⁶. E como decorrência natural e direta da unidade, a Carta Magna estabelece ainda o princípio da indivisibilidade, que “significa que a instituição, o organismo, não pode ser dividido. Quando um membro da instituição substitui o outro, é o próprio Ministério Público que continua a atuar”¹²⁷. A idéia de conjunto trazida por esses dois princípios institucionais é extremamente forte.

A tarefa confiada ao Ministério Público é gigantesca, com uma imensa gama de atribuições a exercer e direitos a defender. Para o cumprimento eficaz dessa missão é preciso que sejam traçados planos e estratégias, a fim de que os membros da instituição possam agir de maneira uniforme, visando alcançar a máxima efetividade no desempenho de suas atribuições.

Esse cenário ideal encontra, todavia, um argumento contrário levantado pelos próprios membros do *Parquet*, visando privilegiar a tomada de decisões de cunho estritamente individual e somente com base em sua consciência: a previsão, também constitucional, do princípio da independência funcional.

Baseados nesse princípio, membros do Ministério Público se recusam a seguir diretrizes apontadas pelos órgãos superiores da instituição, que orientam uma atuação uniforme em determinadas áreas, com a finalidade de combater sérios problemas, com a máxima eficiência. Essas diretrizes e planos são geralmente fundamentados em estudos sérios, com base científica e estatística, e apontam as áreas cuja atuação do Ministério Público seria mais carente, e mais urgente¹²⁸.

¹²⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43.

¹²⁷ Ibidem, p. 44.

¹²⁸ Um bom exemplo desses planos de atuação é o Plano Estratégico do Ministério Público do Estado do Espírito Santo – MPES 2025. Ele estabelece, com base em dados e estudos realizados, objetivos estratégicos a serem seguidos pela instituição até o ano de 2025. Nas palavras do Procurador Geral de Justiça Fernando Zardini Antônio: “[...] o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, objetivando

Maria Tereza Sadek expõe de maneira clara e direta as consequências desastrosas que podem decorrer dessa interpretação do princípio da independência funcional:

[...] Quando o Ministério Público optou e os constituintes acataram reproduzir o modelo do Poder Judiciário, houve um ganho em termos de garantias funcionais, mas uma perda do ponto de vista da atuação institucional, da atuação conjunta. Como a hierarquia é monocrática, ou seja, cada promotor é a própria instituição, é difícil planejar e, posteriormente, implementar uma política institucional. [...]

A ausência de uma hierarquia piramidal gera uma problemática realização daquilo que se caracteriza como unidade institucional. Na medida em que existe dificuldade de estabelecer prioridades, não há possibilidade de dizer que a instituição marcha de uma forma unitária e homogênea, de uma forma única e conjunta. O que se tem é a prevalência do princípio de que cada um pode ou não obedecer àquilo que foi estabelecido como central. É um mecanismo oposto ao que orienta o desenrolar de uma decisão típica da política majoritária. Em um processo democrático, baseado em preceitos majoritários, a maioria determina o que tem de ser obedecido por todos e a minoria respeita, porque sabe que um dia ela pode vir a ser maioria. No Ministério Público, diversamente, não opera esse sistema de tomada e de efetivação de decisões. Tem-se o desenvolvimento de um modelo caracterizado pelo individualismo, é um sistema “atomizado”, fragmentado, dividido. Para ilustrar, é o oposto de uma orquestra, de uma instituição regida por princípios democráticos majoritários. Nesse modelo atomizado, embora exista a função do maestro, cada um pode seguir a partitura que desejar¹²⁹.

A independência funcional, utilizada como justificativa para que o membro do Ministério Público aja como uma ilha isolada, pode impedir que importantes objetivos institucionais sejam alcançados. “Em consequência, a independência funcional do integrante da instituição, que se acredita representar a garantia, por excelência, do exercício pleno de suas obrigações, gera o enfraquecimento, o não o fortalecimento institucional, ao ser impulsionada pelo individualismo”¹³⁰.

dar um salto de qualidade em seus serviços, realizou recentemente um minucioso diagnóstico, que mobilizou membros e servidores, com intuito de detectar pontos que pudessem se constituir em futuros desafios para a Administração Superior, com vistas a tornar a Instituição capacitada a responder às grandes demandas da sociedade capixaba. Os setores que mais se desenvolveram e as áreas que ainda carecem de maior atenção foram objeto de análise aprofundada, dentro de critérios científicos e que resultaram no trabalho que temos a honra de publicar, mostrando à sociedade capixaba o retrato fiel da Instituição, sua realidade atual e seus propósitos para os próximos anos” (PLANO ESTRATÉGICO – MPES 2025. Vitória: Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2009, p. 15).

¹²⁹ SADEK, Maria Tereza. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 12. Jan/Jun 2009, pp. 134-135.

¹³⁰ Ibidem, p. 135.

É preciso deixar claro que não deve o princípio da independência funcional ser considerado um fim em si mesmo, e nem uma prerrogativa que se incorpora à pessoa do membro do Ministério Público. Ele foi outorgado para o cumprimento de uma finalidade específica: a satisfação do interesse público, a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, e a proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Esse princípio não deve servir de estímulo ou escudo à vaidade do membro ministerial, devendo antes ornar o cargo e fortalecer seu agente no cumprimento dos objetivos traçados pela Constituição Federal¹³¹.

Nesse sentido, no âmbito da definição de seus objetivos estratégicos, é preciso que o *Parquet* trace Planos e Programas de Atuação Institucional, fixando metas prioritárias que devem ser seguidas pela instituição e seus membros, como decorrência do princípio da unidade institucional¹³². Nessa mesma linha, ao tratar do tema das instituições e da justiça formal, destaca John Rawls que “a conduta dos indivíduos, guiada por seus planos racionais, deve ser coordenada tanto quanto possível para atingir resultados que, embora não pretendidos ou talvez nem mesmo previstos por eles, sejam mesmo assim os melhores do ponto de vista da justiça social”¹³³.

Os membros do Ministério Público devem, portanto, unir seus esforços em torno do Plano de Meta Institucional, a fim de buscar a máxima efetividade e unidade em sua atuação, em prol da sociedade. Portanto, conforme salientado no tópico anterior, deve o Promotor de Justiça, em sua comarca, buscar um contato direto com a sociedade civil, visando conhecer os problemas mais graves e urgentes daquela localidade. No entanto, ao traçar a maneira como se dará sua atuação, é preciso que seja priorizado o cumprimento do Plano de Metas Institucional, buscando conjugar os problemas que necessitam ser resolvidos em sua comarca, com os objetivos traçados no Plano de Metas.

¹³¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 68.

¹³² ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social**. In Temas atuais do Ministério Público: A atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. CHAVES, Cristiano et al. (coord.). 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 53.

¹³³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 60.

3.3.2 O princípio da oportunidade na atuação do Ministério Público na tutela coletiva

Como decorrência de sua atuação durante décadas preponderantemente na seara criminal, surgiu a concepção de que a atuação do Ministério Público seria obrigatória e imediata, todas as vezes em que ocorresse uma situação relacionada às suas atribuições constitucionais e legais.

De fato, como único titular da ação penal, não pode o Ministério Público deixar de agir quando constatada a prática do crime. A sociedade civil não dispõe de outros legitimados para atuar nesse sentido. Por conseguinte, na esfera criminal, vigora realmente o princípio da obrigatoriedade da atuação do *Parquet*. O mesmo raciocínio pode ser aplicado no que tange à constatação da prática de atos de improbidade administrativa, pelos mesmos fundamentos (embora, no caso da improbidade administrativa, a pessoa jurídica de direito público interessada também detenha legitimidade). O caráter preponderantemente repressivo dessas demandas também sustenta essa obrigatoriedade¹³⁴.

O mesmo raciocínio não se aplica, contudo, em relação à tutela dos direitos subjetivos coletivos. A dimensão social e política dos processos coletivos exige dos legitimados uma tranquilidade e serenidade na apreciação dos critérios de conveniência e oportunidade na propositura da demanda coletiva. E tal raciocínio é ainda mais forte quando se trata do Ministério Público, visto que seus membros são considerados agentes políticos e devem dispor da possibilidade de escolha dos objetivos mais importantes a serem perseguidos em defesa da sociedade civil, em determinado momento histórico¹³⁵.

Essa escolha, no entanto, deve ser embasada em um contato direto e diuturno com a sociedade civil, visando conhecer seus reais problemas e necessidades. Ademais, não se pode deixar de levar em consideração o Plano de Metas da instituição.

¹³⁴ No mesmo sentido: FERRARESI, Eurico. **O Ministério Público e o Princípio da Não-Obrigatoriedade da Ação Coletiva**. In Temas atuais do Ministério Público: A atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. CHAVES, Cristiano et al. (coord.). 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, pp. 288-289.

¹³⁵ Ibidem, *passim*.

Pensar que o membro do Ministério Público deva agir sempre que identificada hipótese de lesão a um direito subjetivo coletivo afasta por completo o caráter político de sua atuação¹³⁶, equiparando o agente ministerial a um burocrata.

Ora, considerando a enorme gama de atribuições do Ministério Público, é imprescindível que seja possível aos seus membros exercerem essa escolha política de atuação – de forma criteriosa, fundamentada e com base nas metas institucionais. Pensar diferente seria colocar em risco a adequada proteção de todos os direitos subjetivos coletivos.

A tendência de se reconhecer o princípio da oportunidade na atuação do Ministério Público na tutela coletiva pode ser visualizada no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual. E, o que é mais impressionante, a alusão velada a tal princípio constou na parte do anteprojeto que estabelece o acréscimo do parágrafo 1º ao artigo 17 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Vejamos a redação proposta:

Art. 50. Nova redação. Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

[...]

f – Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 como 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14.

Art. 17 – “.....

§ 1º Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este, a seu exclusivo critério, poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

¹³⁶ Ibidem, p. 289. Maria Tereza Sadek aponta claramente o Ministério Público como um agente político, que deve pautar sua atuação em critérios de conveniência e oportunidade, visando atacar os problemas mais importantes, dentro do contexto institucional. Ressalta a referida autora que “o Ministério Público, diferentemente das demais instituições do sistema de Justiça, tem controle da agenda, ou seja, pode definir o que vai fazer, como vai fazer e quando vai fazer, ao que dará prioridade e ao que não dará prioridade” (SADEK, Maria Tereza. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 12. Jan/Jun 2009, p. 133).

É certo que a interpretação da redação do artigo pode gerar uma certa discussão acerca de como se daria essa conveniência e oportunidade sobre a atuação ministerial: se seria sobre a necessidade da atuação em si, ou somente em relação ao momento, de modo que seria obrigatória a atuação do *Parquet* na hipótese de omissão do Poder Público co-legitimado. Mesmo assim, trata-se de uma tendência inserida em um importante anteprojeto, e que não pode ser ignorada.

Pois bem. Diante da discussão travada podemos chegar a duas conclusões parciais. Primeiro: os membros do Ministério Público são agentes políticos e, portanto, devem pautar sua atuação em critérios de conveniência e oportunidade, principalmente na esfera coletiva. Segundo: o processo de escolha de suas áreas prioritárias de atuação deve ser o resultado de um esforço de conjugação do contato permanente com a sociedade civil e seus problemas, e do Plano de Metas traçados pela instituição. Disso depende a adequada proteção dos direitos subjetivos coletivos.

CAPÍTULO III – A PROCESSUALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À ORGANIZAÇÃO E AO PROCEDIMENTO

O exercício do poder pelo Estado pressupõe a observância de regras e procedimentos. Em um Estado Democrático Constitucional de Direito, não se pode perder de vista que o verdadeiro titular de todo poder é povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), sendo apenas o seu exercício delegado para seus representantes (agentes públicos e políticos).

Justamente porque a manifestação do poder estatal sempre afeta os indivíduos, verdadeiros titulares de tal poder, é que devem ser estabelecidos requisitos para seu concreto exercício. Não pode haver restrições na esfera de liberdade individual, ou a aplicação de penalidades aos membros da sociedade, sem a previsão de regras que legitimem a atuação do poder estatal.

Chega-se, então, à concepção de um dever processual de atuação estatal. De fato, o processo é o mecanismo por excelência de concretização do poder em uma democracia. Se em um Estado não democrático o mais importante é a manifestação concreta do poder, em um Estado Democrático de Direito também importa a maneira como esse poder é exercido. A legitimidade da atuação do poder estatal passa a ser considerada não somente em seu momento de atuação, mas também em seu procedimento de atuação¹³⁷. Segundo Odete Medauar, em obra clássica sobre o tema:

O poder, em essência, consiste, dada uma relação entre pessoas, no predomínio da vontade de uma sobre as demais; numa relação entre órgãos, no predomínio de um sobre outros. O exercício do poder, num Estado de direito que reconhece e garante direitos fundamentais, não é absoluto; canaliza-se a um fim, implica deveres, ônus, sujeições, transmuta-se em função, o que leva o ordenamento a determinar o filtro da processualidade em várias atuações revestidas de poder. A processualidade, então, vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal. A seiva do tronco comum da processualidade é o poder, que permeia todos os ramos; onde inexistente poder, inexistente utilidade metodológica de uma concepção de processualidade ampla¹³⁸.

¹³⁷ NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007, p. 266.

¹³⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 31-32.

Os agentes estatais devem sempre perseguir o interesse público primário. Mas como agem na qualidade de delegatários do poder estatal, a sua atuação deve ser pautada em regras e princípios estabelecidos previamente, a fim de que se evite um exercício abusivo de tal poder¹³⁹. O exercício do poder estatal, portanto, em qualquer esfera, inclusive na administrativa, deve respeitar o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF). Ada Pellegrini Grinover ressalta:

O processo civil moderno é banhado pela *cláusula do devido processo legal*, assegurada expressamente pela Constituição da República (art. 5º, LIV), vista – como já tive oportunidade de afirmar – não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição. Tais considerações, cumpre desde logo observar, são igualmente válidas para o âmbito administrativo (certo que com as peculiaridades de que se reveste essa função estatal), quer pela expressa previsão do texto constitucional, quer pela ênfase que vem recebendo de autorizada doutrina a “processualidade” do direito administrativo¹⁴⁰.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, manifestou-se Floriano de Azevedo Marques Neto:

O processo é, portanto, o meio que o Estado Democrático de Direito impõe para o exercício do poder estatal em qualquer de suas formas de manifestação. A chave, assim, está na locução devido processo legal. Para cada modo e objetivo de incidência do poder extroverso estatal, há de haver um devido processo previsto em lei, cuja estrita observância é condição não só de legitimidade, mas de validade da manifestação concreta do poder¹⁴¹.

¹³⁹ No mesmo sentido é a lição de Marçal Justen Filho, ressaltando que a observância do procedimento é ainda mais importante nas hipóteses de atuação discricionária do agente público: “[...] a procedimentalização é uma garantia democrática inafastável, que propicia a obtenção da solução concreta mais adequada. Por meio da procedimentalização, torna-se factível à autoridade administrativa evidenciar que sua escolha reflete a melhor alternativa possível. A legitimidade da escolha da autoridade administrativa funda-se na existência do procedimento, por meio do qual se objetivaram as diversas alternativas teoricamente possíveis, examinaram-se suas vantagens e desvantagens e se produziu uma escolha. A escolha da autoridade administrativa é satisfatória e insuscetível a críticas, não porque a norma criou discricionariedade, mas porque, existindo a competência discricionária, foi ela exercitada adequadamente. E o exercício adequado da discricionariedade pressupõe a observância de um procedimento destinado a apurar a solução mais correta e satisfatória para o caso” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 309).

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 65.

¹⁴¹ NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007, p. 268.

O exercício legítimo do poder estatal pressupõe, portanto, a existência de normas que estabeleçam um procedimento de atuação concreta do poder. É dizer, o exercício do poder não se encontra ao alvedrio do agente público. O Estado possui um *dever de organizar* sua maneira de atuar, através do estabelecimento de *procedimentos de atuação*¹⁴².

A organização e o estabelecimento de procedimentos de atuação dos agentes públicos, garantindo ainda a participação dos cidadãos na tomada de decisões, são pressupostos para o exercício do poder no Estado Democrático de Direito, conforme bem observa Canotilho:

Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação* e *associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática¹⁴³.

O reconhecimento de um direito à organização e ao procedimento não é importante somente para delimitar a atuação concreta do poder estatal. Além de uma função de proteção aos particulares, esse direito também possui uma função instrumental, em relação ao direito material.

Em outros termos, o reconhecimento de um direito subjetivo leva também ao necessário reconhecimento de uma dimensão procedimental desse direito, como indispensável para a garantia de sua eficácia¹⁴⁴. Trata-se da relação circular entre os

¹⁴² Sobre a diferença entre direitos a organização e ao procedimento, esclarece Alexy que a questão terminológica possui uma importância secundária: “[...] Ao invés de direitos a organização e procedimento, seria possível falar simplesmente de ‘direitos a procedimentos’ ou ‘direitos procedimentais’, desde que se pressuponha um conceito amplo de procedimento, que inclua também normas de organização” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5ª ed. alemã de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 474).

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 290-291.

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes.. **Constituição e défice procedimental**. In Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 78. No mesmo sentido se posiciona Alexy: “[...] Atualmente é possível afirmar que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a todo direito fundamental material são atribuídos direitos a procedimentos” (Ob. cit., p. 476).

planos material e processual¹⁴⁵, em que o direito subjetivo e o processo passam a ser considerados como pressupostos um do outro. Liebman demonstra com clareza essa relação de interdependência: “Sem o processo, o direito seria abandonado apenas à boa vontade dos homens e correria um grande risco de não ser realizado; e o processo sem o direito seria um mecanismo forçado a cair no vazio, desprovido de conteúdo e de finalidade”¹⁴⁶.

O procedimento pode ser entendido como uma sucessão de atos interligados, de forma lógica e consequencial, visando um objetivo final¹⁴⁷. Ele, em si, não exige o contraditório. O Estado necessita do procedimento para garantir segurança jurídica no que tange à maneira de sua atuação¹⁴⁸, mas não é obrigatório que se viabilize o contraditório em todos os campos de atuação estatal.

O que se pode afirmar, com clareza, no entanto, é que a adoção do contraditório em um procedimento lhe garante uma característica marcante que o diferencia dos demais procedimentos estatais. E o diferencia tanto que ele passa a ser considerado uma nova espécie dentro do gênero procedimento, denominada processo.

Nesse sentido, o processo nada mais é do que um procedimento em que se adota o contraditório. Elio Fazzalari é conclusivo a esse respeito:

¹⁴⁵ Sobre a teoria circular dos planos, cf. ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, pp. 204-205.

¹⁴⁶ Tradução livre do original: “[...] Senza il processo, il diritto sarebbe abbandonato alla sola buona volontà degli uomini e rischierebbe troppo spesso di rimanere inattuato; e il processo senza il diritto sarebbe un meccanismo costretto a girare a vuoto, privo di contenuto e di scopo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile: principi**. 7ª ed. A cura di Vittorio Colesanti et alt. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 139).

¹⁴⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 43.

¹⁴⁸ O formalismo é um elemento importante para garantir segurança jurídica e fixar os limites da atuação estatal e dos poderes dos sujeitos envolvidos no âmbito do processo ou procedimento, conforme bem salienta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “O formalismo, ou forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes*, *faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. [...] O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 08-09). É preciso precaver-se, contudo, dos excessos do formalismo, que pode prejudicar a própria efetividade do direito material que se busca tutelar. Contra tais excessos, conferir o artigo do mesmo autor: **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 125-150.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” (aqueles que aspiram a emanção do ato final – “*interessados*” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra-interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”¹⁴⁹.

Nicola Picardi, embasado nos ensinamentos de Fazzalari, também acentuou que o contraditório encontra-se no núcleo central do processo, servindo como elemento diferenciador entre ele e o gênero procedimento:

A passagem de uma fase, que podemos dizer ainda intuitiva, a uma fase racional da nova orientação é, todavia, representada provavelmente pela doutrina que – embora insista na pertinência do procedimento e do processo a um gênero comum – utilizou o redescoberto princípio do contraditório como elemento de discriminação entre os dois esquemas. Tornou-se claro que, além das características próprias do procedimento, no processo se vislumbra – ainda que de formas vez por outra diversas, tanto do ponto de vista qualitativo quanto quantitativo – uma efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, realizada por meio da distribuição de posições simetricamente iguais e mutuamente implicadas entre si. Em outros termos, “há processo, quando no inter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido aos interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar”¹⁵⁰.

A concepção de processo como *procedimento em contraditório*, na linha defendida por Fazzalari, também é adotada por Hermes Zaneti Jr.:

É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a “máxima da cooperação” (*Kooperationsmaxima*). Trata-se de “extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração”. O contraditório surge então renovado, não mais

¹⁴⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8ª ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 94.

¹⁵⁰ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141.

unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate¹⁵¹.

O contraditório funciona como um mecanismo potencializador da legitimidade do procedimento administrativo, mas a sua ausência não implica nulidade, salvo se a norma jurídica prever expressamente a obrigatoriedade de sua adoção em uma espécie determinada de procedimento.

Assim, ao se conferir uma possibilidade mais efetiva de participação de todos os interessados no âmbito do procedimento administrativo – ou seja, garantindo-se o contraditório – aumenta-se o grau de legitimidade do exercício do poder estatal, de modo que se pode dizer que o procedimento, quando animado pelo contraditório, *processualiza-se*. Tal conclusão é compartilhada por Miguel Calmon Dantas:

[...] o conteúdo material do direito fundamental à processualização contempla, justamente, a imposição para a inserção de mecanismo de participação isonômicas pelas vias de atuação outrora procedimentais do Poder Público. Ou seja, o direito fundamental à processualização impõe o dever de transformar os procedimentos em processos, abrigando a dimensão dialógica e participativa, matizada substancialmente¹⁵².

A *processualização* dos procedimentos é uma tendência nos Estados Democráticos de Direito, em que o contraditório passa a ser encarado como valor-fonte de um processo que busca ser cada vez mais democrático¹⁵³. Nesse contexto, passemos à análise do inquérito civil, visando, com base no estudo do contraditório, aferir sua natureza jurídica (de procedimento ou processo administrativo), bem como as consequências que daí pode advir, principalmente no campo probatório.

¹⁵¹ ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, pp. 191-192.

¹⁵² DANTAS, Miguel Calmon. **O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 708-709.

¹⁵³ “[...] É possível afirmar que, atualmente, vivemos uma fase de “*processualização*” dos procedimentos: os procedimentos, na medida em que são métodos de exercício do poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório, e isso pode ser visto com a difusão da idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicáveis no âmbito das relações jurídicas privadas), na consolidação da garantia do contraditório no âmbito administrativo com a Constituição Federal de 1988 e, ainda, com o crescente posicionamento doutrinário em favor do direito de defesa no inquérito policial” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 231).

2. A NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO CIVIL: PROCEDIMENTO OU PROCESSO ADMINISTRATIVO?

2.1 O contraditório como valor-fonte do processo democrático

A busca pela origem do complexo de garantias conhecido como contraditório nos leva ao brocardo *audiatur et altera pars*, cunhado por juristas medievais com base em uma direta reelaboração de textos literários latinos. Sêneca já havia escrito “*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit*”. O conceito expresso por tal brocardo, contudo, já era encontrado na literatura grega, em *Os Zangões*, de Aristófanes, e em *Os Eráclides*, de Eurípedes. Na verdade, havia um verso de autor incerto, citado com frequência na literatura grega, que parece ter servido de base à formulação inicial da idéia de contraditório: “antes de haver ouvido um e outro, não dar sentença sobre sua lide”¹⁵⁴.

O contraditório foi entendido e aplicado durante muitos séculos segundo a aceção clássica do brocardo citado, garantindo-se às partes a informação sobre o que estaria ocorrendo no processo, e a possibilidade de serem ouvidas pelo juiz.

Essa visão estática do contraditório possibilitava apenas o desenvolvimento de uma estrutura procedimental dirigida monologicamente pela perspectiva unilateral do juiz (antidemocrática e, por vezes, extremamente injusta). No entanto, ela foi, com o tempo, sendo substituída por uma noção dinâmica de contraditório, que passou a ser encarado como núcleo do processo, e aproximado da garantia de defesa e igualdade entre as partes¹⁵⁵.

A substituição da concepção estática de contraditório pela dinâmica, fez com que ele passasse a representar uma garantia das partes na efetiva participação na elaboração do provimento jurisdicional, com a consequente democratização do processo. A partir de então, admitem-se três âmbitos distintos de manifestação do contraditório, que devem atuar de maneira integrada: o direito de informação, o direito

¹⁵⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 130-131.

¹⁵⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 159-160.

de manifestação e o direito de ver os argumentos considerados pelo órgão responsável pela decisão final¹⁵⁶. A estrutura dinâmica do contraditório foi exposta da seguinte maneira por Fazzalari:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados¹⁵⁷.

Essa concepção de contraditório pode, na verdade, ser resumida no dever processual de debate. A decisão final, apesar de prolatada pelo juiz, não é mais o fruto de um trabalho solitário de análise, mas o resultado de um processo argumentativo que deve se pretender exaustivo, entre os sujeitos processuais. Daniel Mitidiero expõe com bastante clareza a esse respeito:

Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçãoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo¹⁵⁸.

O contraditório, consubstanciado no direito/dever processual de debate, é o núcleo essencial do conceito de processo, sendo responsável por distingui-lo como uma espécie do gênero procedimento. Trata-se de componente indispensável em uma

¹⁵⁶ MONTEIRO, Vitor José de Mello. **O princípio constitucional do contraditório e a concessão de liminares inaudita altera parte**. In Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. MOREIRA, Alberto Camiña et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 733.

¹⁵⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8ª ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 119-120.

¹⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14), p. 137.

concepção de processo que se pretende democrática¹⁵⁹ e, por isso, deve ser considerado como seu valor-fonte. Hermes Zaneti Jr. é conclusivo a esse respeito:

[...] se o processo é a *specie* e o procedimento é o *genus*, se o processo é a espécie de procedimento adjetivada do contraditório, e se os meios do direito são os meios da dialética em contraditório (*audiat et altera pars*) e da racionalidade prática procedimental (com a formação da decisão no *iter* discursivo), consequentemente não há dúvida de que o contraditório é o “valor-fonte” do processo (qualquer processo), em particular do processo judicial. Significa dizer que a estrutura dialética é a *ratio distinguendi* entre o processo e o procedimento, e que sem o contraditório não há processo [...] ¹⁶⁰.

2.2 A natureza jurídica do inquérito civil e sua tendência à processualização

O inquérito civil é um procedimento administrativo prévio, a cargo do Ministério Público, que possui a finalidade de coletar elementos de convicção que possam embasar a sua atuação. É clássica a definição proposta pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello Filho, ainda quando exercia a função de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, no bojo do projeto que veio a converter-se na Lei de Ação Civil Pública:

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública.

Conforme ressaltado por Celso de Mello, a instauração do inquérito civil é facultativa. Mas isso não significa que o órgão de execução possa dele prescindir para a

¹⁵⁹ O princípio do contraditório, ao lado do princípio da imparcialidade do julgador, potencializa a legitimidade do procedimento, não só no aspecto institucional, mas principalmente no aspecto funcional, prestigiando uma atuação mais democrática do poder estatal. Tal é a lição de Loïc Cadiet: “*Avec le principe de la contradiction e le principe de l’impartialité, nous nous trouvons à la pointe de la pyramide de la légalité procédurale. [...] Ces deux principes ajoutent au fondement institutionnel de cette légitimité, tiré de la Constitution, une justification fonctionnelle, fondée sur une méthodologie juridictionnelle ramenée, pour l’essentiel, au débat contradictoire qu’un juge impartial et indépendant fait respecter et respecte lui-même dans le cadre d’une justice démocratique*” (CADIET, Loïc. **La légalité procédurale em matière civile**. In Revista de Processo. Ano 33. n. 161. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2008, p. 82-83).

¹⁶⁰ ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 194.

realização de investigações e coleta de informações visando a proteção dos direitos subjetivos individuais indisponíveis ou coletivos. Caso já se disponha de elementos de convicção suficientes para a propositura de Ação Civil Pública ou celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta, poderá o membro do Ministério Público adotar quaisquer dessas medidas sem a necessidade de instauração do inquérito civil. Poderá, ainda, caso não possua elementos suficientes, instaurar procedimento administrativo preliminar, a fim de coletar dados visando apurar a efetiva necessidade de instauração do inquérito civil.

O que não poderá fazer o membro do Ministério Público é promover a instauração de procedimentos administrativos preliminares sem prazo de conclusão (que acabam por funcionar na prática como um verdadeiro inquérito civil, sem, no entanto, sujeitar-se ao controle do Conselho Superior), ou mesmo juntar informalmente elementos de convicção ao longo dos meses, visando coletar dados para sua atuação funcional. Tais práticas desvirtuam o objetivo do inquérito civil, impedem o controle administrativo de seu regular processamento e, certamente, ferem direitos fundamentais do investigado, por se constituírem em modalidade ilegítima de exercício dos deveres-poderes outorgados pela lei¹⁶¹.

Vale a pena destacar, mais uma vez, que tudo o que se disse até aqui deve ser aplicado o Ministério Público. O poder estatal conferido ao membro do Ministério Público também deve ser exercido por meio de procedimentos. E o procedimento de atuação por excelência do *Parquet* é o inquérito civil.

A doutrina, de um modo geral, considera o inquérito civil como um procedimento administrativo de natureza inquisitiva, instaurado e presidido pelo

¹⁶¹ Serão analisados com maior vagar, adiante, as diversas espécies de procedimentos administrativos que podem ser instaurados pelo Ministério Público para o exercício de seus deveres-poderes. Saliente-se, no entanto, desde já, que existem respeitáveis vozes na doutrina que repudiam a existência de procedimentos administrativos de natureza diversa do inquérito civil: “No nosso entendimento, todos os procedimentos administrativos utilizados pelo Ministério Público para a investigação de fatos relacionados ao exercício de direitos transindividuais devem ser considerados inquéritos civis, inclusive porque a disciplina legal é sempre a mesma. Assim, não importa o nome que se dê à investigação, se ‘dossiê’, ‘peças de informação’, ‘representação’, ‘procedimento administrativo – PA’, ou ‘inquérito civil’, existem sempre os mesmos poderes, as mesmas limitações e a mesma necessidade de controle por parte de órgãos superiores da Instituição” (RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 76). O referido posicionamento encontra-se, todavia, em descompasso com a Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público e boa parte da doutrina, que admitem a existência de outros procedimentos administrativos diversos do inquérito civil, instaurados pelo *Parquet*.

Ministério Público, sem maiores formalidades, não sujeito obrigatoriamente à observância do princípio do contraditório¹⁶².

Pelo fato de não ser considerado pela doutrina como um processo administrativo, e sim como mero procedimento, não estaria o inquérito civil sujeito à incidência do disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O dispositivo constitucional citado faz menção à obrigatoriedade da observância do princípio do contraditório em processo judicial ou administrativo. No entanto, segundo raciocínio normalmente trazido pela doutrina, o termo processo pressuporia a aplicação de sanção ao investigado, o que não ocorre no inquérito civil, onde não há litígio, nem a imposição de sanção como consequência final de sua conclusão¹⁶³. Assim, sendo considerado procedimento, e não processo, não haveria a incidência da regra constitucional do contraditório em relação ao inquérito civil.

Essa conclusão, contudo, não é absoluta. A função investigatória do inquérito civil, embora possa atenuar a garantia do contraditório, não a elimina. Conforme ressaltado no tópico anterior, atualmente vivemos uma fase de processualização dos procedimentos. Os procedimentos, métodos de exercício do poder no Estado Democrático de Direito, vêm sendo cada vez mais modulados com a observância do princípio do contraditório¹⁶⁴. Por conseguinte, embora não seja obrigatório, pode o presidente do inquérito civil desenvolver as investigações com a sua observância, visando garantir maior legitimidade aos atos administrativos praticados, bem como ao material probatório coligido. Eurico Ferraresi se posiciona nesse mesmo sentido:

¹⁶² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 226.

¹⁶³ Por todos, Hugo Nigro Mazzilli: “A rigor, o inquérito civil não é *processo* administrativo e sim *procedimento*; nele não há uma acusação nem nele se aplicam sanções; dele não decorrem limitações, restrições ou perda de direitos. No inquérito civil não se *decidem interesses*; não se aplicam penalidades. Apenas serve para colher elementos ou informações com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público para eventual propositura de ação civil pública ou coletiva” (MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48).

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 231.

Mesmo que se sustente o caráter inquisitorial do inquérito civil, está claro que nada impede que o promotor de justiça *abra essa possibilidade*. O contraditório no inquérito civil robustece a prova nele produzida. Salvo situações excepcionais, em que de fato o sigilo seja importante para garantir o sucesso das investigações, mostra-se medida de boa técnica a ampla participação do investigado no inquérito civil¹⁶⁵.

Importa salientar, portanto, na esteira de Ferraresi, que em determinadas situações, pela natureza das investigações, pode ser necessária a decretação do sigilo no âmbito do inquérito civil, assim como ocorre em relação ao inquérito policial. Nessa hipótese, o contraditório não seria observado, sob pena de se inutilizar esse importante instrumento de investigação. Não haveria, no entanto, qualquer desrespeito a tal garantia constitucional, uma vez que com a propositura da ação civil pública poderá o requerido aduzir suas alegações em relação a toda prova produzida no curso do inquérito civil – trata-se do contraditório diferido.

O inquérito civil possui, portanto, a natureza de procedimento administrativo, pois a adoção do contraditório não é obrigatória em seu âmbito, embora seja altamente recomendável, quando não prejudicar as investigações.

Mas mesmo possuindo a natureza de procedimento administrativo, o inquérito civil, assim como os demais procedimentos administrativos estatais, possuem uma tendência de processualização, ou seja, de adoção do contraditório, como forma de garantia de maior legitimidade através do debate democrático. Proto Pisani salienta ainda que essa tendência pode ser observada tanto nos procedimentos administrativos como na atividade jurídica privada: “O art. 101 enuncia o princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*) como um princípio fundamental do processo civil (em via de expansão também no procedimento administrativo e, por meio da cláusula geral da correção e da boa-fé, na atividade jurídica privada)”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ FERRARESI, Eurico. **Carga valorativa da prova produzida no inquérito civil**. In Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. MOREIRA, Alberto Camiña et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

¹⁶⁶ Tradução livre: “L’art. 101 enuncia il principio del contraddittorio (*audiatur et altera pars*) cioè un principio fondamentale del processo civile (in via di espansione anche nel procedimento amministrativo e, per il tramite delle clausole generali della correttezza e della buona fede, nell’attività giuridica privata)” (PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2006, p. 200)

2.3 A valoração probatória em juízo dos elementos coligidos no curso do inquérito civil

O material probatório coligido no curso do inquérito civil pode ser utilizado em juízo. Não existe obrigatoriedade de formação da prova no âmbito judicial. O que importa é o conteúdo trazido pela prova apresentada e o grau de contraditório que foi possibilitado no momento de sua formação – o contraditório é possível de ser conferido tanto extrajudicialmente quanto judicialmente.

Ressalte-se, no entanto, que a ausência de contraditório não implica, por si só, a imprestabilidade da prova produzida. Até porque é possível que a prova contenha informações importantes para o julgamento e pode ter sido colhida em um inquérito civil em que tenha sido decretado sigilo. Conforme já salientado, existem investigações que seriam infrutíferas se não realizadas sem o conhecimento da parte investigada, ou seja, em sigilo, e sem a observância do contraditório. Inutilizar as provas coligidas nessas hipóteses e obrigar a sua reprodução em juízo atentaria contra a economicidade, a duração razoável do processo e o dever de proteção adequada dos direitos coletivos (uma vez que poderia ser impossível, em determinados casos, a reprodução dessa prova).

Ada Pellegrini Grinover, contrária a tal entendimento, sustenta que somente pode ser admitida em juízo a prova coligida no inquérito civil com a observância do contraditório:

Embora se reconheça ser voz corrente que esse inquérito civil tem natureza inquisitorial, é inegável que nele se apresenta – ainda que em estado de latência – um conflito de interesses, sem que para isso, conforme ressaltado, seja necessária a existência de uma acusação formal.

Portanto, quando se trata de aproveitar, em juízo, a prova coligida nesse procedimento administrativo, é imprescindível a instauração do contraditório, sob pena de afronta à garantia constitucional anteriormente mencionada. E, conforme anteriormente ressaltado, a exigência do contraditório, aí, não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas, exige-se que o interessado seja posto em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve¹⁶⁷.

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 68. A Prof. Ada Grinover foi ainda mais contundente em seu posicionamento em palestra proferida em abril de 2000 na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, no Seminário Processo Civil e interesse público:

Esse mesmo raciocínio foi sufragado pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), que em seu artigo 23, § 3º, enuncia que “a eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção”.

Nota-se, no entanto, que o referido projeto aparentemente não adotou o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover em sua integralidade, tendo em vista que ressalvou a possibilidade da observância do contraditório de forma diferida, ou seja, em momento posterior ao da produção da prova. Ada Pellegrini, ao contrário, defende que o contraditório só é pleno se o interessado participar, inclusive, do momento de produção das provas.

Observe-se que o anteprojeto citado foi o único¹⁶⁸ a encampar o entendimento da obrigatoriedade do contraditório no âmbito do inquérito civil, certamente sob a

o processo como instrumento de defesa social: “Concordo também, isso eu já disse, já escrevi, já debati, com que o Inquérito Civil deve ser contraditório, e deve sê-lo em primeiro lugar por disposição constitucional, que garante aos litigantes, em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa. Entendo haver litigantes sempre que há um conflito de interesses, e conflitos de interesses há claramente quando o Ministério Público instaura inquérito civil em relação a uma determinada pessoa, física ou jurídica. Não posso concordar com as regras das Leis Orgânicas do Ministério Público, que dizem que o inquérito é sigiloso, pois entendo que isso contraria a Constituição. E mais, trata-se de um contra-senso. Para que serve o inquérito civil? Ele pode levar a duas alternativas: ou a um termo de ajustamento, e ninguém vai firmar um termo de ajustamento se não tiver sido chamado antes para acompanhar o inquérito civil, ou vai ser utilizado como fase preparatória da ação civil pública, se não houver acordo. Mas se o Ministério Público quer transportar, para o processo judicial, algum elemento informativo do inquérito civil público, esse tem que ser contraditório, porque se não tiver havido contraditório a ‘prova’ não poderá ingressar em juízo. Esta me parece, com todo o respeito, uma visão míope do Ministério Público, que insiste na sigilosidade do inquérito civil, que depois não vai servir para nada, vai servir só para a formação do convencimento do Ministério Público, porque não tendo o inquérito obedecido ao contraditório, nada do que tiver sido colhido vai poder ser utilizado como prova para o Processo Civil” (Trecho da Palestra **Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças**, publicada no livro que levou o mesmo título do Seminário realizado, Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 140-141). No mesmo sentido se posiciona Eduardo Walmory Sanches: “Por derradeiro, o art. 127, *caput*, da CF/88, dispõe que é dever do Ministério Público defender a ordem jurídica. Daí a necessidade do *parquet* respeitar o princípio constitucional do contraditório durante a realização do inquérito civil, pois não há qualquer dispositivo que autorize a realização do mesmo nos moldes atuais. Em suma, para que houvesse o desrespeito, a quebra do princípio do contraditório, durante a condução do inquérito civil, seria necessário expressa autorização constitucional nesse sentido (SANCHES, Eduardo Walmory. **A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134).

¹⁶⁸ Além do anteprojeto do IBDP, foram analisados os anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo para países de Direito Escrito, de Antônio Gidi; o de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; o de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA e o Projeto de Lei nº 5.139/09.

influência da mesma autora citada, que na época de sua formulação ocupava o posto de Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Discordamos de seu posicionamento porque, conforme já salientado, existem hipóteses em que não é possível garantir o contraditório no curso do inquérito civil, naqueles casos em que o sigilo foi decretado para a garantia da realização das investigações.

Suponha-se, por exemplo, que seja descoberto durante uma investigação realizada no curso de um inquérito civil em que tenha sido decretado sigilo, que um determinado funcionário vem se locupletando ilicitamente ao realizar fraudes em licitações. Nesse caso, o contraditório não pode ser oportunizado nem durante a formação da prova, e nem em momento posterior, no curso do inquérito civil, uma vez que pode ser necessária a adoção de medida cautelar por parte do Poder Judiciário, para salvaguardar o ressarcimento ao Erário. O contraditório certamente será exercido, em sua forma diferida¹⁶⁹, mas não no bojo do inquérito civil, e sim na esfera judicial.

Embora o contraditório seja um componente potencializador da legitimidade da prova produzida no inquérito civil, ela não deve ser simplesmente desconsiderada quando impossível o contraditório.

¹⁶⁹ O contraditório pode ser diferido para um momento posterior a fim de evitar o prejuízo às investigações, ou a ineficácia da medida que se pretende adotar. Deve ficar claro, no entanto, que ele somente é “diferido” e não “dispensado”. Todo o objeto da investigação do inquérito civil deverá ser analisado pela parte contrária, seja no momento da produção da prova, seja posteriormente, em juízo. Será submetido, portanto, ao contraditório, ainda que em sua forma diferida. A adoção da técnica de aplicação do contraditório de forma diferida é aceita em diversos sistemas jurídicos, conforme se pode observar nos comentários de Loïc Cadet, Jacques Normand e Soraya Amrani Mekki, acerca da aplicação do princípio do contraditório no direito processual civil francês: *“Le contradictoire peut être susceptible d’un ‘inégal accomplissement’. Il est ainsi différé, en premier lieu, lorsque la nécessité le commande ou la loi l’ordonne, ce qui suppose de prévoir les moyens de le rétablir a posteriori (art 17 CPC). Tel est notamment le cas lorsque l’efficacité de la mesure suppose que la partie adverse n’en soit pas informée, comme dans la procédure sur requête, ou lorsque le procès est conduit à se dérouler malgré le défaut de comparution du défendeur. Le fait de n’avoir pas été entendu laisse cependant planer une suspicion sur la procédure menée et suppose donc nécessairement l’ouverture de voies de recours de nature à assurer la contradiction a posteriori”*(CADIET, Loïc. NORMAND, Jacques. MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. Paris: PUF, 2010, pp. 649-650).

Remarque-se, ainda, que a prova pode ser produzida tanto extrajudicialmente quanto judicialmente, sendo diversos os momentos de produção, admissibilidade e valoração da prova¹⁷⁰. Ao juiz pertencem com exclusividade apenas os dois últimos.

O sistema de apreciação de provas é o do livre convencimento motivado, devendo o juiz, ao se deparar com as provas produzidas no inquérito civil, decidir acerca de sua admissibilidade, e do valor probatório que lhes irá atribuir, com base na conjugação das informações trazidas e do grau de respeito ao contraditório, em sua formação¹⁷¹. Nesse aspecto, mesmo uma prova produzida sem o contraditório pode ter um elevado “peso” no momento decisório, caso as informações trazidas sejam relevantes e verossímeis. Conforme leciona Liebman, deve o juiz utilizar de forma racional a lógica e o bom senso para a valoração do material probatório que se lhe apresenta:

Naturalmente a valoração livre da prova não significa faculdade do juiz de formar o seu convencimento de modo subjetivamente arbitrário; liberdade quer dizer uso fundamentado da lógica e do bom senso, guiados e apoiados pela experiência da vida¹⁷².

A legislação processual civil admite expressamente a possibilidade de produção de provas no âmbito extraprocessual. Veja-se, por exemplo, o mandado de segurança, em que a petição inicial deve vir instruída com prova pré-constituída dos fatos alegados. Também “os documentos, por sua natureza, são formados antes do processo a ser instaurado, são, por assim dizer, ‘pré-constituídos’”¹⁷³.

¹⁷⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis**. In Processo Civil Coletivo. MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 242.

¹⁷¹ Daniel Neves observa ainda, de forma certa, que “o essencial não é, voltamos a insistir, a presença do juiz na formação da prova, mas outros fatores que devem ser levados em conta, em especial o contraditório. Considerada prova atípica, não significa dizer que seja ilegítima ou ilícita, devendo ser admitida livremente no processo nos termos do art. 332, CPC. Devido sua atipicidade, no caso sua produção longe das vistas do Poder Judiciário, quanto mais respeito tiver havido ao contraditório no caso concreto, maior será a idoneidade da prova e por consequência maior carga de convencimento exercerá junto ao juiz” (Ibidem, p. 245).

¹⁷² Tradução livre do original: “Naturalmente valutazione libera della prova non significa affatto facoltà per il giudice di formare il suo convincimento in modo soggettivamente arbitrario; libertà vuol dire uso ragionato della logica e del buon senso, guidati e sorretti dall’esperienza della vita” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile: principi**. 7ª ed. A cura di Vittorio Colesanti et al. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 312).

¹⁷³ PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 109.

Aliás, a prova produzida no inquérito civil sempre possui a natureza documental, mesmo que se trate de perícia realizada ou de testemunhas que tenham sido ouvidas, pois as provas pericial ou testemunhal somente podem ser realizadas em Juízo, sendo sua formação acompanhada e presidida pelo juiz, observando-se os requisitos previstos no Código de Processo Civil. Os laudos periciais, termos de oitiva de testemunha, e todos os demais elementos contidos no inquérito civil são tecnicamente documentos, embora apresentem similitude com a prova pericial, testemunhal, etc. produzida em juízo. São provas, portanto, mas de natureza documental.

Essa constatação, no entanto, não adquire tanta importância prática, uma vez que sua valoração probatória independe de sua natureza e não diminui em nada por ser considerada documental, tendo em vista que o sistema de apreciação de provas é o do livre convencimento motivado, e não o sistema legal ou tarifário¹⁷⁴ - embora existam exceções no Código de Processo Civil¹⁷⁵.

O Código de Processo Civil admite ainda, expressamente, o aproveitamento da prova produzida extrajudicialmente para o julgamento da demanda, dispensando-se a produção de prova pericial, conforme se observa no artigo 427: “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”. Nesse caso, caberá à parte contrária exercer o contraditório no momento em que os pareceres técnicos ou documentos lhe são apresentados em juízo. Não há, mais uma vez, desrespeito ao contraditório, mas seu exercício de forma diferida.

Por sua vez, a Lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, prevê em seu artigo 19, parágrafo único que “a perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá

¹⁷⁴ “O sistema da prova legal foi instituído por influência do direito germânico, criando como critério para a valoração das provas uma espécie de *verdade processual*, em que existia um verdadeiro tarifamento legal das provas, atribuindo-se fixos e determinados valores às mais diversas espécies de provas. A máxima *testis unus, testis nullus* constitui exemplo clássico. Assim, a função do juiz no processo passava a ser quase que mecânica, pois incumbia-lhe verificar o valor atribuído por lei a cada prova e, num processo mesmo de cálculo, emitia a sentença em favor daquele que juntasse provas com maior valor. Isso fazia com que o juiz muitas vezes proferisse julgamentos contrários a sua própria convicção” (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ**. Revista de Processo. Ano 32. N. 146. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 196.

¹⁷⁵ É o caso, por exemplo, do artigo 366 do CPC, que enuncia: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”.

ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório”¹⁷⁶. Nesse caso também não há observância do contraditório no momento de formação da prova. Ele será exercido posteriormente, de forma diferida. Note-se que o legislador admite a adoção do contraditório diferido mesmo no processo penal, âmbito no qual geralmente se impõe um pensamento mais rigoroso acerca da observância do contraditório, por envolver a aplicação de sanções que importam a restrição da liberdade do indivíduo.

As provas coligidas no curso do inquérito civil poderão ser aproveitadas na esfera criminal, para responsabilização dos envolvidos, em qualquer hipótese, e não somente nos limites traçados pelo artigo supracitado, em relação à perícia realizada. Basta garantir aos investigados, ainda que em momento posterior, que tomem conhecimento e se manifestem sobre aquela prova, ou seja, que exerçam o contraditório. Nesse sentido se manifesta Geisa de Assis Rodrigues:

O adjetivo civil qualifica a função do inquérito para investigar fatos da órbita não penal. Mas, nada impede que na apuração de um ilícito civil se constatem indícios de materialidade e autoria de um delito penal, podendo os dados obtidos no inquérito civil servirem como elemento para a propositura de uma ação penal¹⁷⁷.

Em suma: para a fixação da valoração probatória deve o juiz observar, dentro de seu livre convencimento motivado, o conteúdo trazido pela prova e se foi possível e observado o contraditório no momento de sua formação (embora a sua inobservância não invalide, por si só, a prova produzida). Insta frisar, no entanto, que o contraditório

¹⁷⁶ Daniel Roberto Fink tece interessantes comentários acerca da possibilidade de aplicação desse dispositivo legal no âmbito da tutela coletiva: “A gênese do dispositivo é a comparação da perícia produzida no inquérito civil com a prova pericial produzida no curso do inquérito policial, que muito raramente é refeita na ação penal. No inquérito policial a prova material do crime é produzida por institutos de criminalística oficiais, os quais gozam presunção de veracidade. E não é refeita exatamente porque é produzida por instituto oficial. Suas conclusões raramente são contestadas pelo réu. Nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, em geral o mesmo se dá: instrui o inquérito civil laudos técnicos e pareceres elaborados por órgãos públicos oficiais (órgãos ambientais), cuja presunção de legalidade raramente é contestada. Por que, então, repetir a prova na ação civil? Não há razão para tanto. E se a prova do inquérito civil pode ser aproveitada na ação penal cujas consequências para o réu são muito mais graves (penas privativas de liberdade), com muito mais razão tais provas produzidas no inquérito civil podem ser aproveitadas na ação civil pública, de cunho meramente econômico reparatório do dano” (FINK, Daniel Roberto. **Ações coletivas ambientais. Prova pericial. Ônus e honorários periciais: críticas e propostas.** In A Ação Civil Pública após 25 anos. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 191-192).

¹⁷⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.** 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 75.

deverá ser obrigatoriamente oportunizado, seja no momento da formação da prova, seja posteriormente, em juízo, de forma diferida¹⁷⁸.

Contudo, a jurisprudência dominante ainda considera que os elementos de prova colhidos no inquérito civil possuem caráter probatório apenas relativo, e que podem ser afastados quando há contraprova de caráter superior, ou seja, produzida com a observância do contraditório. Nesse sentido, convém transcrever um julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito, tendo como relatora a Ministra Eliana Calmon:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO.

1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública.
2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.
3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova.
4. Recurso especial provido¹⁷⁹.

Analisando o referido julgado, podemos extrair algumas importantes conclusões acerca da maneira como a jurisprudência vem encarando o valor probatório do inquérito civil. Em primeiro lugar, os elementos coligidos no inquérito civil não podem ser simplesmente desconsiderados pelo órgão julgador, conforme pugnam algumas vozes da doutrina, ainda que o contraditório não tenha sido observado no curso das investigações. Tais provas devem ser analisadas e sopesadas, somente podendo ser afastadas caso exista uma contraprova de hierarquia superior, ou seja, com conteúdo

¹⁷⁸ Ressalta-se, no entanto, que a técnica do contraditório diferido não é aceita de forma pacífica em nosso sistema jurídico, e é geralmente rechaçada no sistema da *common law*, que exige, como regra geral, a tomada de decisão na presença de ambas as partes. Nesse sentido esclarece Mirjan R. Damaska: “[...] *On the Continent, it is not felt that the contest style has been violeted if the decision maker hears an argument ex parte – by one party alone – on the condition that the other side is subsequently permitted to comment and challenge; audiatur et altera pars (let the other party also be heard) is all the Continental ‘contradictory’ process demands. In contrast, Anglo-American procedural law is on the whole much less tolerant of any action before the decision maker that does not take place in the presence of both parties, especially where the term ‘decision maker’ includes both judge and jury*” (DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 136-137).

¹⁷⁹ REsp 849.841/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 28/08/2007, DJ 11/09/2007, p. 216. Há outros precedentes do referido tribunal superior, neste mesmo sentido, podendo ser citados os seguintes: REsp 644.994/MG, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21/03/2005, p. 336; REsp 476.660/MG, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, D.J. 04/08/2003, p. 274. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 23 de dezembro de 2011.

capaz de afastar os argumentos do Ministério Público e produzida sobre o crivo do contraditório.

Segundo, e agora iremos utilizar as palavras da própria relatora Min. Eliana Calmon, que constam no voto proferido no julgamento acima indicado:

Verifica-se, pela natureza jurídica do procedimento em apreciação, que inexistente nulidade nessa específica colheita de provas, que servem, em juízo, como prova indiciária, elemento de convicção por ser uma investigação pública e oficial. Assim, o que se apura no inquérito civil público tem validade e eficácia para o Judiciário, concorrendo para reforçar o entendimento do julgador, quando em confronto com as provas produzidas pela parte contrária.

Do exposto se conclui que os elementos de prova coligidos no inquérito civil devem ser considerados e sopesados em juízo. Trata-se de investigação pública e oficial, e seu valor probatório deve ser medido pela análise judicial conjugada dos seguintes fatores: observância do contraditório em sua formação e conteúdo do material probatório.

É óbvio que uma prova produzida no inquérito civil sob o crivo do contraditório terá uma maior eficácia persuasiva em juízo. No entanto, existem situações em que se torna impossível observar o contraditório no curso das investigações, sob pena de ineficácia da própria investigação. Nesses casos, o juiz deverá analisar o conteúdo do material probatório que lhe foi apresentado, só podendo afastá-lo se o fizer de forma fundamentada e com base em contraprova apresentada pela parte contrária.

Mas, é bom que se diga: não é qualquer contraprova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, que possui o poder de afastar de forma imediata os elementos probatórios trazidos pelo inquérito civil. É preciso que tal contraprova seja forte o suficiente para rebater os argumentos apresentados pelo Ministério Público.

Não existe no Brasil atualmente, conforme já salientado, o modelo legal ou tarifário de provas¹⁸⁰. O juiz deverá decidir com base em seu livre-convencimento

¹⁸⁰ Mauro Cappelletti nos faz um interessante resumo do sistema das provas legais ou tarifárias, comum na Idade Média, dando exemplos de como ele funcionava em relação à prova testemunhal: “(...) sistema das provas legais, segundo o qual a valoração das provas era estabelecida pela lei de maneira abstrata e matemática. Uma só testemunha não fazia prova – *testis unus testis nullus* –, com uma só exceção, o Papa. O testemunho não contraditado de duas pessoas, ou então, tratando-se de *testis de auditu*, de cinco ou sete pessoas, fazia prova plena, vinculante para o tribunal. O testemunho das mulheres, a prescindir do seu

motivado, e não poderá afastar dezenas de depoimentos e laudos periciais apresentados pelo *Parquet* com a simples alegação de que foi ouvida uma testemunha em juízo, cujo depoimento beneficiou a parte contrária, e que tal prova, por ter sido produzida sob o crivo do contraditório, possuiria maior valor probante¹⁸¹.

O contraditório é um princípio-valor que deve ser observado ao máximo em qualquer Estado de Direito que se pretenda intitular como democrático. No entanto, ele não pode ser erigido em um dogma inatacável da ciência processual. Todo dogma, observado de forma cega, leva a radicalismos, e estes são sempre prejudiciais, em qualquer esfera da vida humana.

número, era inadmissível ou valorado como prova insuficiente, necessitando ser integrado pelo testemunho de pelo menos um homem. Na hierarquia dos valores testemunhais, o nobre prevalecia sobre aquele “não-nobre”, o eclesiástico sobre o leigo, o rico sobre o pobre, o velho sobre o jovem, o cristão sobre o hebreu. Qualquer prova era legalmente pré-determinada em proporções aritméticas: *probatio plena*, *probatio semiplena*, um quarto ou um oitavo de prova. O juiz, em suma, devia contar a prova, mais propriamente *pesá-la*; sistema, de resto, perfeitamente justificável se pensarmos que o juiz não via as testemunhas, nem observava o seu comportamento, não podendo apreender a solidez da percepção, nem verificar a sinceridade das suas declarações. A lei operava no lugar do juiz, obviamente, de maneira abstrata, apriorística, formal. O número, o sexo, a idade, o estado social e econômico, a religião, estes e outros similares, eram os elementos que “faziam” a verdade, não a veracidade ou malícia aferidas ou valoradas no caso concreto” (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, pp. 313-315). O sistema das provas legais ou tarifárias foi objeto de críticas vorazes por parte de grandes pensadores e políticos, como Voltaire e Napoleão, tendo sido aos poucos substituído pelo sistema do livre convencimento motivado do julgador, conforme nos informa ainda Cappelletti: “Quando Voltaire investia contra algumas das regras fundamentais do sistema da prova legal dominante no seu tempo, exclamando que ‘deve ser tarefa do juiz pesar o valor do testemunho’ e valorar a sinceridade das testemunhas, era o novo sentido comum que falava com a sua voz. Era o mesmo senso comum que guiava Napoleão quando ele atacou outra daquelas regras, considerando inaceitável que o testemunho prestado por um homem honesto não pudesse ser aceito como prova, enquanto que aquele de dois ‘patifes’ (*‘deux coquins’*) deveria ser aceito como prova plena. Na verdade, o sistema da prova legal estava, já, para ser derrubado, primeiro na França, e logo noutras partes. O sentido comum não pode ser mantido por mais tempo fora dos tribunais” (CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit., p. 365).

¹⁸¹ Nesse sentido se posiciona Alexandre Amaral Gavronski, ao comentar um dos precedentes citados neste trabalho, também da lavra da Min. Eliana Calmon: “Do precedente merece ressalva apenas a referência que consta, em outro trecho, à possibilidade de que ‘contraprova de hierarquia superior’, assim entendida aquela ‘produzida sob a vigilância do contraditório’ afaste aquela produzida no inquérito. Nosso sistema, à luz do princípio do livre convencimento motivado, não comporta qualquer ‘tarifação’ ou hierarquização de prova, de modo que um mero testemunho produzido no contraditório não deve, assim, ser suficiente a suplantiar um conjunto de provas produzidas no inquérito, especialmente quando incluírem outras de diferentes naturezas (documental, pericial, etc.). Deve-se entender a ‘contraprova de hierarquia superior’ de que tratou o julgado restrita àquelas hipóteses em que se confrontam provas de mesma natureza e origem, como no caso de dois testemunhos da mesma pessoa, um tomado no inquérito e outro em juízo, e, mesmo nesse caso, evitar a referência à hierarquia, mantendo-se apenas a idéia de contraprova que, numa tal hipótese, serve, de fato, a infirmar a anterior, se isolada no contexto probatório” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 304).

O membro do Ministério Público deve, portanto, sempre que possível e desde que não haja prejuízo para as investigações, oportunizar o contraditório no âmbito do inquérito civil, pois ele potencializa a legitimidade da prova produzida extrajudicialmente. Com razão, portanto, Eurico Ferraresi, ao aduzir que “[...] a observância do contraditório no inquérito civil aumenta o valor da prova extrajudicial, a ponto de permitir que a demanda possa ser julgada com suporte no material coligido no inquérito civil”¹⁸². A sua inobservância, contudo, não retira o valor probatório do inquérito civil, que deverá ainda assim ser objeto de análise pelo juiz, a quem caberá sopesar, de forma fundamentada, os elementos apresentados pelo Ministério Público e a contraprova oferecida pela parte contrária.

2.4 O sigilo no inquérito civil

O inquérito civil é um procedimento administrativo e está sujeito, como regra, assim como os demais atos da Administração, à observância do princípio da publicidade.

Aliás, o direito de acesso às informações foi recentemente regulamentado pela Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, que trata sobre procedimentos a serem observados a fim de que seja garantido o direito de acesso a informações previsto no artigo 5^a, inciso XXXIII, no art. 37, § 3^o, inciso II, e no art. 216, § 2^o, todos da Constituição Federal.

O referido diploma legal, embora ainda não esteja em vigor¹⁸³, já deve ser objeto de especial atenção por parte dos magistrados, membros do Ministério Público, operadores do direito e demais agentes públicos, pois ele dispõe expressamente, em seu artigo 1^o, parágrafo único, inciso I, que se subordinam ao regime dessa lei “os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público”.

¹⁸² FERRARESI, Eurico. **Carga valorativa da prova produzida no inquérito civil**. In Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. MOREIRA, Alberto Camiña et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323.

¹⁸³ O artigo 47 da Lei 12.527/11 estabelece o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para sua entrada em vigor, após a data de sua publicação, ocorrida em 18/11/2011.

Entre as diretrizes básicas da Lei 12.527/11, encontra-se a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção (art. 3º, inciso I). A referida lei, conforme já destacado, aplica-se ao inquérito civil e demais procedimentos administrativos em curso no âmbito do Ministério Público. Assim, a natureza inquisitiva do inquérito civil não retira a obrigatoriedade de que as medidas adotadas em seu âmbito sejam fundamentadas e sujeitas à publicidade. “O inquérito civil é inquisitivo, mas não é secreto”¹⁸⁴.

Desse modo, como regra, ele está sujeito ao princípio da publicidade. Essa regra, contudo, comporta exceções por motivos de interesse público, visando resguardar, por exemplo, a efetividade das investigações, o caráter sigiloso de dados ou informações constantes nos autos ou a preservação da privacidade do investigado. Hugo Nigro Mazzilli apresenta algumas hipóteses em que entende que o princípio da publicidade poderia ser mitigado, nos autos do inquérito civil:

[...] analogamente ao que faz a legislação processual penal em relação ao inquérito policial, também é possível que o presidente do inquérito civil imponha sigilo às investigações, se da publicidade puder advir prejuízo à apuração dos fatos.

Também se deverá impor sigilo às investigações se dentro dos autos do inquérito civil existirem dados ou informações sigilosas a que o Ministério Público teve acesso, hipótese em que o sigilo legal deverá ser preservado.

Igualmente, se da publicidade de uma audiência ou ato praticado no inquérito civil puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem, o presidente do inquérito poderá, de ofício ou a requerimento do interessado, determinar que o ato seja realizado sob sigilo, ou limitar o número de pessoas que possam acompanhá-lo¹⁸⁵.

Algumas hipóteses de mitigação do princípio da publicidade apontadas por Mazzilli também encontraram respaldo na novel legislação, que dispõe em seu artigo 23 algumas hipóteses de classificação e restrição de acesso às informações, dentre elas quando sua divulgação puder “por em risco a vida, a segurança e a saúde da população” (inciso III) ou “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 234.

¹⁸⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 178-179.

(inciso VIII). Dispõe ainda em seu artigo 6º, inciso III, que cabe aos órgãos públicos assegurar “a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso”.

A publicidade no inquérito civil foi também objeto de regulamentação pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que editou a Resolução nº 23/2007, dispondo sobre o tema em seus artigos 7º e 8º:

Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

§ 1º Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.051/95.

§ 2º A publicidade consistirá:

I – na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;

II – na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

III – na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;

IV – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;

V – na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil.

§ 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu.

§ 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.

§ 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso.

Art. 8º Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

A regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público, na esteira do que vinha sendo defendido pela doutrina, igualmente adotou como regra a publicidade do inquérito civil, restringindo-a em hipóteses em que seja evidenciado interesse público ou para assegurar a efetividade das investigações.

A restrição à publicidade, por ser exceção, deverá ser expressamente motivada¹⁸⁶ pelo presidente do inquérito civil, cessando quando extinta a causa motivadora do sigilo, cabendo ressaltar que o sigilo pode ser decretado tanto em relação ao público em geral (normalmente em face do sigilo legal imposto aos documentos carreados ao inquérito civil)¹⁸⁷ quanto em relação ao investigado. Em ambas as hipóteses, a fundamentação do presidente do inquérito civil deve ser clara a respeito de seu alcance: a quem atinge, o que atinge (que parte do inquérito civil é coberta pelo sigilo), e, se possível aferir desde já, o lapso temporal em que vigorará o sigilo.

Questão interessante é a possibilidade de se opor o sigilo decretado no inquérito civil ao próprio investigado, ou a seu advogado. É certo que o sigilo pode ser decretado por razões de interesse público ou para proteger informações cobertas pelo sigilo legal, e que constem no inquérito civil. Mas para que tal sigilo possa atingir inclusive o investigado e seu advogado, é preciso uma maior “carga de argumentação” por parte do presidente do inquérito civil. Em regra, o sigilo somente poderá ser decretado, nessa hipótese, quando o acesso do investigado aos autos puder causar prejuízo à própria investigação que está sendo realizada. Gustavo Senna é bastante claro a respeito do tema:

Com efeito, em alguns casos excepcionais, invocando-se a predominância do interesse público, será possível restringir a publicidade em relação ao investigado e seu advogado. Apesar de a expressão “interesse público” possuir um conceito jurídico

¹⁸⁶ “Deve o inquérito civil observar, na sua tramitação, os princípios da motivação e da publicidade em razão da sua natureza administrativa. Todas as decisões, atos e despachos no inquérito civil devem ser fundamentados, a fim de possibilitar a aferição da legalidade da providência determinada” (ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Inquérito Civil e Termo de Ajuste de Conduta: limites à atuação do Ministério Público**. In Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. MOREIRA, Alberto Camiña et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190).

¹⁸⁷ Importante é a observação de Geisa de Assis Rodrigues, no sentido de que “o Ministério Público deve ter muita parcimônia com o manejo dos dados que obtém em função do exercício de suas atribuições, podendo o integrante que inobservar intencionalmente esse direito ser pessoalmente responsabilizado pelos danos causados. De qualquer maneira, a publicidade das investigações que realiza é fundamental para que o Ministério Público preste contas à comunidade a respeito do cumprimento de sua missão institucional, bem como para tornar mais eficaz a tutela dos direitos transindividuais” (RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 79).

indeterminado, como exemplos de sua caracterização podem ser lembradas algumas hipóteses em que a publicidade possa provocar grave prejuízo para as investigações, situação que será avaliada em cada caso concreto pelo presidente do inquérito civil.

Para fundamentar o sigilo pode ser invocado, por analogia, também o art. 20 do Código de Processo Penal, medida drástica, porém, de extrema e necessária utilidade em determinadas situações, em vista do perfil dos investigados e em face das peculiaridades da matéria investigada, em especial quando correspondem também a casos graves de corrupção. Outro argumento invocado pela doutrina para fundamentar a decretação do sigilo absoluto das investigações é encontrado no art. 155, I, do Código de Processo Civil e no art. 5º, LX, da Constituição Federal¹⁸⁸.

A discussão sobre o tema acirrou-se ainda mais após a edição da Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, que possui a seguinte redação:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O Superior Tribunal de Justiça, com base na citada súmula vinculante, já decidiu no sentido de que não seria lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente. Seria, portanto, direito do advogado, no interesse do cliente envolvido no procedimento investigatório, ter acesso aos autos do inquérito civil¹⁸⁹.

Ousamos, no entanto, discordar de tal posicionamento, pois ele poderia inviabilizar o bom andamento das investigações, principalmente naquelas hipóteses em que o sigilo constitui-se em medida indispensável para sua eficácia, como ocorre frequentemente nas investigações de grupos ligados a fraudes cometidas em licitações, infrações contra a ordem econômica, etc.

Ademais, o inquérito civil encontra-se fora do âmbito de aplicação da Súmula Vinculante nº 14 do STF. Analisando os seus termos, verifica-se que ela direciona-se ao

¹⁸⁸ SENNA, Gustavo. **A fase pré-processual na tutela repressiva da improbidade administrativa**. Artigo inédito, 2011, pp. 17-18. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis**. In *Processo Civil Coletivo*. MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 241.

¹⁸⁹ RMS 28.949/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 26/11/2009. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 16 de maio de 2011.

inquérito policial. Essa conclusão deriva da referência expressa constante no texto da súmula no sentido de que o acesso do advogado refere-se a documentos constantes em “procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária”. Ou seja, o acesso previsto na súmula vinculante refere-se às investigações criminais realizadas no bojo de um inquérito policial, e não ao inquérito civil presidido pelo membro do Ministério Público.

Além disso, analisando os precedentes que embasaram a elaboração da referida súmula vinculante, constata-se que eles fazem menção expressa do acesso do advogado aos autos do inquérito policial, não havendo nos precedentes citados menção ao inquérito civil¹⁹⁰. Incabível, portanto, a aplicação da Súmula Vinculante nº 14 do STF ao inquérito civil. Gustavo Senna¹⁹¹ cita decisão relativamente recente do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, que negou seguimento a reclamação ajuizada contra ato do 8º Promotor de Justiça Cível de Vitória que indeferiu pedido de vista dos autos do inquérito civil 002/2009:

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada por [...] contra ato do 8º Promotor de Justiça de Vitória/ES que indeferiu pedido de vista dos autos do Inquérito Civil n. 002/2009. Postula o acesso ao inquérito civil e o desentranhamento de documentos dele extraídos e entranhados nos autos de procedimento administrativo disciplinar contra ele instaurado. Aponta contrariedade ao enunciado da Súmula Vinculante n. 14. A Súmula Vinculante n. 14 dispõe: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. A referida súmula é aplicada apenas aos procedimentos administrativos de natureza penal, sendo incorreta a sua observância em procedimentos administrativos de natureza cível. Colhe-se do voto do Ministro Celso de Mello (PSV 1-6/DF, Rel. Min. Menezes Direito): “formulou-se, na espécie, (...) proposta de súmula vinculante destinada a garantir, aos Advogados (e, por intermédio destes, aos indiciados e aos réus) o direito de acesso – já reconhecido em lei – aos autos de procedimentos penais que tramitem em regime de sigilo”.

¹⁹⁰ Os precedentes citados podem ser encontrados na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, no sítio http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf. Acesso em 16 de maio de 2011. Hugo Nigro Mazzilli defende a possibilidade de oposição do sigilo decretado no inquérito civil inclusive ao advogado - ressaltando-se, no entanto, que seu posicionamento é anterior à edição da súmula vinculante citada -, nos seguintes termos: “Desde que o presidente do inquérito civil fundamentadamente tenha imposto sigilo às investigações, poderá impedir sejam estas acompanhadas por terceiros, inclusive advogados ou estagiários, ou limitar acesso destes a determinados atos ou a determinadas peças dos autos” (MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 183).

¹⁹¹ SENNA, Gustavo. **A fase pré-processual na tutela repressiva da improbidade administrativa**. Artigo inédito, 2011, p. 20.

Assim, verifica-se o desacerto do pedido ao disposto no enunciado da Súmula 14. No mesmo sentido, menciono decisão proferida na RCL n. 9.677/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 16.4.2010. Ante o exposto, por ser incabível esta reclamação, nego-lhe seguimento (RI/STF, art. 21, § 1º). Publique-se. Brasília, 29 de novembro de 2010. Ministro GILMAR MENDES Relator. Documento assinado digitalmente (Rcl/8458, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Nota-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, em mais de uma oportunidade, no sentido de que a Súmula Vinculante nº 14 somente é aplicável a procedimentos de natureza penal, não se aplicando ao inquérito civil.

O certo é que o sigilo não pode ser a regra, mas quando houver necessidade, para a eficácia das investigações, ele deve ser estendido a todos, inclusive ao investigado e seu advogado, nos limites constantes na fundamentação exposta pelo presidente do inquérito civil¹⁹².

Tal posicionamento está em consonância com o já citado artigo 23, inciso VIII, da Lei 12.527/11, que estabelece a possibilidade de restrição de acesso às informações quando tal acesso puder “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações” – devendo se entender o termo “infrações” como de natureza criminal, cível ou administrativa, a fim de possibilitar uma maior efetividade das investigações realizadas pelo Ministério Público, principalmente quando relacionadas à proteção de direitos subjetivos de natureza coletiva. Igualmente, o artigo 7º da Resolução nº

¹⁹² Importa ressaltar, no entanto, que existem sólidas posições doutrinárias no sentido de negar a possibilidade de que o sigilo decretado se estenda ao investigado e seu advogado, com base em uma aplicação ampla do princípio da publicidade. Nesse sentido se posiciona Marcelo Abelha Rodrigues: “A publicidade do inquérito civil pressupõe atendimento ao princípio da publicidade dos atos da Administração Pública previsto no art. 37 da CF/1988. É direito do inquirido obter todas as informações necessárias a seu respeito ou que possam vir ajudar a sua eventual defesa na ação civil pública. Deve ter o direito de conhecer as informações que poderão servir de base à formação da convicção do *Parquet* na eventual propositura da demanda contra si. Fere a isonomia e o Estado Democrático de Direito a criação de obstáculos na obtenção e publicização das informações ao inquirido, que deverá se valer dos remédios constitucionais para ter o direito reclamado. A sonegação da publicidade das informações ao inquirido e a vedação de acesso completo e irrestrito ao conteúdo do inquérito de forma injustificada é ato de improbidade administrativa nos termos do art. 13 da Lei 8.429/1992” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Breves considerações sobre o inquérito civil.** In A Ação Civil Pública após 25 anos. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 570). O posicionamento de Marcelo Abelha Rodrigues, no sentido de que configura ato de improbidade administrativa a sonegação injustificada das informações constantes no inquérito civil, encontrou respaldo na Lei 12.527/11, que prevê em seu artigo 32 diversas condutas ilícitas que ensejam a responsabilização do agente público, tais como: recusa injustificada de informações, utilização indevida das informações, divulgação indevida de informações sigilosas, etc., estabelecendo como penalidade administrativa mínima a suspensão das funções públicas, bem como a possibilidade de responder o agente público pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos das Leis 1.079/50 e 8.429/92.

23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe que “aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada”.

Por isso, é importante que o ato de fundamentação da decretação do sigilo exponha detidamente os motivos que o ensejaram e se ele atinge todo o procedimento ou apenas algumas partes. Nesse último caso, deverão ser autuados em apenso os documentos e informações sigilosas, sendo vedado negar ao investigado e seu advogado o acesso à parte dos autos que não se encontra coberta pelo sigilo¹⁹³.

2.5 A finalidade do inquérito civil no paradigma da resolução extrajudicial dos conflitos

O processo civil firmou-se como ciência autônoma e experimentou enorme progresso nas últimas décadas. Apesar disso, assistimos atônitos e sem uma reação vigorosa a falência do aparelho jurisdicional estatal, que não consegue dirimir os litígios de forma célere e garantir adequadamente a tutela dos direitos. Tal questão já vinha sendo objeto de preocupação da doutrina há bastante tempo, como podemos aferir em artigo publicado por Ada Pellegrini Grinover, ainda na década de 80:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”)¹⁹⁴.

¹⁹³ Nesse sentido, dispõe o artigo 7º, § 2º, da Lei 12.527/11: “Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo”.

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. In Participação e Processo. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 278.

Para uma visão global sobre a produtividade e efetividade atual da Justiça Brasileira, é interessante uma análise dos relatórios do Projeto *Justiça em Números*, que pode ser acessado no site do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br), contendo dados disponibilizados pelos tribunais sobre processos distribuídos e julgados, além de outras informações importantes acerca do funcionamento burocrático do Poder Judiciário.

O último relatório trabalhou dados relativos ao ano de 2010¹⁹⁵, apontando que o número de processos em andamento está em ritmo de crescimento. Foram 24,2 milhões de novos processos, ingressando nas três esferas da Justiça, sendo que já havia no mesmo período 59,2 milhões de processos pendentes. Dessa forma, tramitaram em 2010 cerca de 83,4 milhões de processos, tendo sido proferidas 22,2 milhões de sentenças. Nota-se, portanto, que já existe um grande passivo de processos pendentes de julgamento em trâmite na Justiça Brasileira, e que só tende a crescer, tendo em vista que o número de sentenças proferidas não supera o volume de novos processos ajuizados.

É certo que esses números podem significar uma maior judicialização de demandas por parte da população, por estar mais bem informada de seus direitos, e do incremento de mecanismos facilitadores de acesso à justiça, como a implantação de juizados especiais, e a estruturação de defensorias públicas. De fato, esse quadro tende a gerar um maior ingresso de demandas que antes se encontravam reprimidas. Ainda assim, a ausência de uma resposta célere e adequada do Poder Judiciário, que possa tutelar de forma eficaz os direitos, gera um descrédito da população em torno do mecanismo oficial de resolução dos litígios, e de todos os atores que nele atuam: juízes, membros do Ministério Público, advogados, serventuários da justiça, etc.

O relatório apontado também traz importantes informações sobre a *taxa de congestionamento* do Poder Judiciário. Trata-se de indicador utilizado para se aferir, em determinado ano, o percentual de processos em tramitação que ainda não foram baixados de forma definitiva. Em 2010, no primeiro grau de jurisdição, na fase de conhecimento, a taxa de congestionamento média foi de 58%, ou seja, de cada 100 processos em tramitação, 58 não tiveram sua baixa e envio para a fase de execução (ou cumprimento de sentença). Já na fase de execução, nesse mesmo ano, a taxa de

¹⁹⁵ Disponível em: www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf
Acesso em 24 de dezembro de 2011.

congestionamento média foi de 84%, isto é, de cada 100 processos tramitando 84 não tiveram sua baixa definitiva. Por tais dados é possível constatar a morosidade na tramitação dos processos na Justiça Brasileira, situação que se agrava ainda mais na fase de efetivação dos direitos, ou seja, no cumprimento de sentença ou execução.

A lentidão e ausência de efetividade do processo judicial decorrem de uma série de problemas estruturais do Poder Judiciário¹⁹⁶. É importante registrar, no entanto, que os juízes, em sua maioria, procuram realizar um trabalho célere, visando garantir efetividade aos direitos das partes. No entanto, mesmo com uma imensa vontade de exercer com fidelidade suas obrigações como magistrados, eles acabam por esbarrar em estruturas burocráticas, ausência de infraestrutura adequada e de pessoal, e um sistema processual rico em recursos e meios de procrastinar o cumprimento das decisões judiciais¹⁹⁷.

Diante do quadro de um aparelho jurisdicional lento, burocrático e pouco efetivo, os indivíduos passam cada vez mais a buscar mecanismos alternativos à solução dos litígios, tais como a negociação, a mediação e a arbitragem. Nas palavras de

¹⁹⁶ Esse quadro, no entanto, é bom que se diga, não é uma exclusividade do sistema jurídico brasileiro. Barbosa Moreira destaca que nos Estados Unidos a média de duração dos processos, no primeiro grau de jurisdição, varia entre 03 a 05 anos, enquanto na Inglaterra a média varia em torno de 2,78 anos. Esses mesmos países, principalmente os Estados Unidos, são famosos pelo estímulo e grande desenvolvimento dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Assim, “ao ver de muitos é justamente o propósito de evitar as delongas exasperantes de um pleito em juízo que vem concorrendo para o resistente prestígio do *plea bargaining*, no campo penal, e para a contínua expansão dos métodos alternativos de solução dos conflitos de interesses civis (*ADR*). Pode-se divergir sobre a intensidade com que influi esse fator; a influência, em si, parece contudo inegável” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos**. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 170.

¹⁹⁷ Entre os instrumentos processuais especialmente responsáveis pela procrastinação no cumprimento das decisões judiciais, e que acaba por gerar a proteção inadequada dos direitos (principalmente dos direitos subjetivos coletivos), podemos citar a nefasta Suspensão da Segurança prevista nos artigos 12, § 1º, da Lei 7.347/85 e art. 4º, § 1º, da Lei 8.437/92. Segundo tais dispositivos legais, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, e sob o argumento de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar ou da sentença proferida. O instrumento da Suspensão da Segurança foi objeto de duras (e acertadas) críticas por parte de Marcelo Abelha Rodrigues: “Assim, com vistas ao atendimento de interesses políticos (nem sempre primários), em tese, voltados à implementação de políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Federal que estavam sendo obstadas por decisões judiciais mandamentais contra o Poder Público (ação civil pública, ação popular, ações cautelares, etc.), o então Presidente da República descobriu na combinação *medida provisória/suspensão da segurança*, a melhor receita para impedir que as decisões judiciais mandamentais contra o Poder Público, pudessem atrapalhar as referidas intenções políticas do Poder Executivo Federal. Por isso, lançou-se, desenfreadamente, a regular hipóteses de cabimento de suspensão de segurança, sem a menor preocupação científica com o tema” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública (art. 4º da Lei 8.437/1992 e art. 12, § 1º, da LACP)**. In A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Édís Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 371.

Alexandre Amaral Gavronski, “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”¹⁹⁸. A busca pela solução do conflito não depende da necessária intervenção do Poder Judiciário, conforme bem observa Paula Costa e Silva:

Há tempos atrás acedemos a um texto de PETER GOTTWALD. O seu objecto, a mediação e a transacção judicial. Foi leitura redentora porquanto veio confortar-nos quanto ao acerto de uma intuição ou percepção que fomos formando nos últimos anos: o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao Direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais¹⁹⁹.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que o processo não possui apenas o objetivo de aplicação do direito material. Esse seria o escopo jurídico, mas ele possui vários outros escopos. O escopo social seria a pacificação do conflito com justiça e a educação dos cidadãos para a defesa de seus direitos. Já o escopo político seria a estabilidade do poder, o culto à liberdade e a institucionalização da participação democrática dos cidadãos, através do processo²⁰⁰. Com inteira razão o grande processualista. Tais escopos contribuem para a pacificação social e o incremento da democracia participativa. Ousamos, no entanto, ir mais além ao afirmar que tais escopos podem ser perseguidos não somente pelo caminho do processo. Mais ainda: tais escopos serão mais facilmente atingidos sem a utilização do processo, através de mecanismos extrajudiciais de resolução dos conflitos.

¹⁹⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 270.

¹⁹⁹ SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19. No mesmo sentido é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover: “Se é certo que, durante um longo período, os métodos informais de solução das controvérsias foram considerados próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgiu hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, conquanto não o excluam necessariamente. A ponto de falar-se de uma ‘cultura de conciliação’ que conheceu impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importante desdobramento, por indicar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também por assumir relevante papel promocional de conscientização política” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. In Participação e Processo. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 277-278).

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Escopos políticos do processo**. Ibidem, pp. 120-126.

Observa-se o início de uma tendência – que deve ser estimulada – de busca da resolução dos conflitos pela via extrajudicial, por meio da negociação, mediação, arbitragem ou outros meios. Os indivíduos passaram a perceber que aguardar um posicionamento do Poder Judiciário pode significar o perecimento de seu direito. A lentidão na resolução das controvérsias constitui, ainda, um fator responsável pela elevação do nível de tensão social, uma vez que a ausência de uma decisão célere que ponha fim ao litígio incrementa a animosidade entre as partes, deixando de haver a desejada pacificação social.

Uma solução buscada de forma “negociada”, ao contrário, possui muito mais chance de solucionar o litígio de forma pacífica, uma vez que ambas as partes puderam chegar a um patamar comum como resultado das conversas e negociações entabuladas. E mesmo que seja necessária a presença de um terceiro que decida em substituição às partes, como um árbitro, as soluções são geralmente bem mais céleres do que aquelas proferidas pelo Poder Judiciário.

Conforme bem observa Elena Zucconi Galli Fonseca, ao comentar a parte do Código de Processo Civil italiano que trata da arbitragem, “um movimento de ideias não tão recente enxerga com particular atenção a arbitragem no âmbito das resoluções alternativas de conflitos, como válvula de segurança ou tábua de salvação de uma justiça estatal cada vez menos sensível às necessidades de uma sociedade civil dinâmica”²⁰¹.

No âmbito do inquérito civil, as formas de resolução extrajudicial de litígios mais comuns são a negociação e a mediação²⁰², não se mostrando possível a

²⁰¹ Tradução livre do original: “[...] un movimento di idee non più recenti guarda con particolare attenzione all’arbitrato nell’ambito delle alternative dispute resolutions, come valvola di sicurezza o ancora di salvataggio di una giustizia statale sempre meno rispondente ai bisogni di una società civile dinamica” (FONSECA, Elena Zucconi Galli. **Arbitrato: titolo VIII libro IV código di procedura civile – artt. 806-840**. 2 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2007, p. 02).

²⁰² As atividades de mediação no âmbito do inquérito civil se mostram extremamente importantes para auxiliar a resolução de intrincados conflitos transindividuais, conforme observa Geisa de Assis Rodrigues: “O Ministério Público também tem funcionado como mediador em conflitos transindividuais, como no caso da desocupação de prédios públicos por integrantes do ‘movimento dos sem-terra’, na libertação de reféns mantidos em áreas indígenas e em outras situações em que a intervenção do Ministério Público é necessariamente no sentido de mediar o conflito, promovendo o diálogo entre as partes envolvidas na contenda para se chegar a uma solução negociada, quase sempre a mais adequada para essas situações-limite. A habilidade da mediação está sendo aos poucos adquirida, mas o fato de ser eleita como mediadora representa um reconhecimento do valor da Instituição pelas partes do conflito” (RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 83).

arbitragem²⁰³. Esses mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos devem ser prestigiados, de modo que a parte investigada, sempre que possível, seja ser chamada aos autos. A sua presença se justifica não somente para o exercício do contraditório, mas principalmente para se tentar atingir uma solução negociada para o conflito.

De fato, caso o membro do Ministério Público se depare com uma situação que apresente lesão ou ameaça a um direito subjetivo individual indisponível ou coletivo, ele pode adotar uma série de medidas, visando sua adequada proteção. Todavia, dentre as medidas possíveis de serem adotadas, a última delas deve ser o ajuizamento de uma Ação Civil Pública, ou outra demanda judicial. Para uma maior efetividade em sua atuação, o membro do Ministério Público deve encarar a judicialização da questão como a *ultima ratio*²⁰⁴, buscando outras formas de solucionar a questão, de preferência de modo pacífico e sem a criação de um litígio judicial.

²⁰³ Afirmamos que a arbitragem não é possível no âmbito do inquérito civil por tratar de litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do artigo 1º da Lei 9.307/96, que não constituem objeto do inquérito civil. Não obstante, é possível a atuação do membro do Ministério Público como árbitro, havendo inclusive previsão expressa nesse sentido no artigo 83, inciso XI, da Lei Complementar nº 75/93: “Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...] XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho”. Comentando o citado dispositivo legal, Carlos Henrique Bezerra Leite ressalta que “[...] o Ministério Público do Trabalho, através de seus membros, vem atuando como árbitro e mediador na solução de conflitos trabalhistas de natureza coletiva, envolvendo trabalhadores e empresa ou sindicatos de trabalhadores e empresas (e/ou sindicato patronal), com vantagens adicionais para as partes interessadas, quais sejam: 1. a credibilidade dos Membros oficiais quanto à sua atuação e formação jurídica; 2. a isenção e imparcialidade absolutas em seu pronunciamento; 3. a ausência de custo para as partes, salvo se houver necessidade de perícias ou produção de provas” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 2 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: LTr, 2002, pp. 136-137).

²⁰⁴ Deve-se ponderar, no entanto, que não se pode prescindir do aparelho jurisdicional estatal para a resolução dos litígios. Os mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsia devem ser, de preferência, a primeira opção dos litigantes, mas não a única. É de extrema importância um Judiciário forte e efetivo para atuar quando a negociação mostrar-se inviável. Importa notar, contudo, que quanto mais os conflitos forem resolvidos no âmbito extrajudicial, menos assoberbado estará o Poder Judiciário e, por conseguinte, maior será a possibilidade de se alcançar uma tutela judicial mais efetiva, quando ela se mostre necessária. Nesse sentido se posicionam Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten: “Mas cabe ressaltar desde já, que a busca pela autocomposição do conflito deve ser uma opção, pois quando o cidadão busca refúgio no meio alternativo não por livre escolha, mas para se livrar dos riscos de um processo judicial lento, ineficaz e oneroso, certo é que o as bases do acesso à justiça encontram-se ameaçadas. Deve ficar claro porém, que a intenção não é a defesa do fim da jurisdição enquanto forma de adjudicação e tampouco imaginar que os métodos autocompositivos são a solução mágica para a crise do Estado-juiz, mas sim conscientizar o Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não consiste necessariamente na intervenção em todo e qualquer conflito; e nessa perspectiva a efetividade da prestação jurisdicional significa intervir quando necessário, como *ultima ratio*, e incentivar o estudo do direito através de uma ótica transdisciplinar e não somente por uma mirada dogmática e formalista, construindo um novo referencial para a ciência do direito” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A experiência italo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a**

Nesse sentido, é importante observar que, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o inquérito civil não é um pressuposto para o ajuizamento da Ação Civil Pública (até porque sua instauração é facultativa), e nem é essa sua finalidade primordial²⁰⁵. Ele é um instrumento que deve ser utilizado para coletar dados a fim de embasar uma atuação segura e responsável do membro do Ministério Público, e de preferência no âmbito extrajudicial.

Para uma atuação extrajudicial efetiva do *Parquet*, poderão ser expedidas notificações recomendatórias ou mesmo serem agendadas reuniões ou audiências públicas, visando adequar o comportamento lesivo ou potencialmente lesivo aos parâmetros previstos no ordenamento jurídico, a fim de promover a adequada proteção ao direito subjetivo que se busca tutelar.

Note-se que não poderá o membro do Ministério Público *transacionar* com o infrator. Os direitos subjetivos que constituem objeto do inquérito civil (individuais indisponíveis e coletivos) possuem a característica da indisponibilidade, de modo deverão ser objeto de tutela em sua integralidade, não podendo haver “parcelas de direito não defendidas” ou mesmo “proteção deficiente de tais direitos”.

Assim, somente poderão ser negociadas questões relativas ao *modus operandi* e ao lapso temporal que deverá ser dispendido visando a adequação do comportamento

garantia do acesso à justiça. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 5. Volume VIII. Rio de Janeiro: Julho a Dezembro de 2011, p. 449).

²⁰⁵ Interessante notar que um número considerável de inquéritos civis são objeto de arquivamento pelo *Parquet*, seja porque não se constatou a existência da lesão seja porque o direito subjetivo que se buscava proteger já foi objeto de tutela pela atuação espontânea do obrigado ou pela celebração de um compromisso de ajustamento de conduta. O Relatório Anual de Atividades elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, relativo ao ano de 2010, demonstra que em tal ano foram instaurados 119.227 inquéritos civis pelo Ministério Público dos Estados, sendo que foram arquivados sem ajustamento de conduta 58.497 inquéritos civis, e com ajustamento de conduta o número de 8.985 inquéritos civis (dados relativos a todos os Ministérios Públicos Estaduais, com exceção do MP/GO e MP/PE, que não forneceram as informações ao CNMP. Disponível em www.cnmp.gov.br. Acesso em 26 de dezembro de 2011). Assim, o pensamento por vezes corrente de que o inquérito civil é sempre direcionado para o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas não encontra embasamento nos dados estatísticos apresentados. Um controle ainda maior do andamento dos inquéritos civis e das providências adotadas em seu âmbito será obtido em breve com o cumprimento das diretrizes traçadas pela Resolução Conjunta nº 02, de 21 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (disponível em www.cnj.gov.br. Acesso em 28 de dezembro de 2011), que visa instituir cadastros nacionais de informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta, a serem disponibilizados para consulta via internet. A referida resolução estabelece ainda que estarão disponíveis para consulta cópias de peças processuais de ações coletivas e termos de ajustamento de conduta, salvo os documentos, elementos de prova e peças protegidas por sigilo legal.

irregular ou ilegal²⁰⁶. Tal “ajustamento da conduta às exigências legais” poderá ocorrer de forma imediata e espontânea, ou mediante a celebração de um Compromisso de Ajustamento de Conduta.

A prática na proteção dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos revela que a melhor solução para um problema nessa seara é sempre a negociada²⁰⁷. Nota-se, no entanto, nos operadores do direito em geral, uma certa resistência à negociação. A nossa formação jurídica nos moldou para um raciocínio de judicialização dos problemas, e não para a busca de sua solução de forma negociada. Não obstante, conforme bem observa Howard Raiffa, não somente nos problemas de natureza jurídica, “mas na maioria dos conflitos, a parte principal do problema – e uma preliminar necessária à análise – consiste em levar as pessoas a falar e ouvir umas as outras”²⁰⁸.

Uma solução negociada tende a atingir melhores resultados porque as pessoas se enxergam, de fato, como criadoras e destinatárias de suas próprias normas, e por isso sentem-se mais propensas a dar-lhes cumprimento, conforme observa Habermas²⁰⁹.

²⁰⁶ Conforme bem observa Alexandre Amaral Gavronski: “Desde logo, convém reafirmar que o necessário respeito à ordem jurídica positiva não elimina, apenas reduz a liberdade do legitimado na concretização do direito pelas técnicas extraprocessuais. Em uma sociedade complexa, em que a lei é necessariamente genérica e o direito crescentemente dessubstantivado (ou deslegalizado), muitos são os aspectos dependentes de concretização, notadamente no que respeita às condições de modo, tempo e lugar. Assim, em tudo que a norma não pré-estabelece os critérios para essa concretização, ou seja, na lacuna, há um considerável espaço de atuação do legitimado coletivo na concretização do direito. Antes da fixação desses aspectos lacunosos, não há direito *a um determinado prazo* ou *à implementação de dado modo ou em dado lugar* sobre o qual se possa dispor. Não há, pois, verdadeira *disposição* ou *disponibilidade* sobre direitos e interesses coletivos na disciplina construída consensualmente entre aqueles que foram, por lei, legitimados para a defesa desses direitos e interesses e aqueles que devem implementá-los. Há aí concretização de direito, e não disposição” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 400).

²⁰⁷ “A negociação tem como principais vantagens evitar as incertezas e os custos de um processo judicial, privilegiando uma resolução pessoal, discreta, rápida e, dentro do possível, preservando o relacionamento entre as partes envolvidas, o que é extremamente útil [...]” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 412).

²⁰⁸ Tradução livre do original: “*But in most conflicts, the main part of the problem – and a necessary preliminary to analysis – consists in getting people to talk and listen to one another*” (RAIFFA, Howard. **The art & science of negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 337).

²⁰⁹ **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154 *passim*.

É preciso que ocorra, de forma cada vez mais acentuada, uma mudança de paradigma na maneira como os conflitos são encarados e resolvidos no seio social, de modo que os próprios sujeitos de direito busquem, através de um processo argumentativo, resolver a situação conflituosa, sem depender de um aparato estatal lento, burocrático e pouco efetivo, como infelizmente tem se mostrado o Judiciário.

Nesse sentido, a fim de buscarmos uma máxima efetividade na concretização dos direitos subjetivos, é necessária uma mudança de mentalidade na atuação dos juristas, desde sua formação. Deve ser estimulada a criação de disciplinas nas Faculdades de Direito que tratem de questões como técnicas de negociação, mediação e arbitragem. Interessante proposta a ser seguida é aquela apresentada pela Professora Paula Costa e Silva para a criação de uma disciplina de *Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos*, na Universidade de Lisboa. A referida proposta foi um requisito para a obtenção do título acadêmico de agregado em Direito, e deu origem ao livro *A Nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Nesse livro, Paula Costa e Silva comenta que os métodos extrajudiciais de resolução de conflito já são intensamente estudados, há vários anos, nas universidades alemãs e americanas, citando como centros de excelência em tal temática as Universidades *Ruprecht-Karls Universität*, de Heidelberg, a *Ludwig-Maximilians Universität*, de Munique, a *Johann Wolfgang Goethe Universität*, de Frankfurt, a *Carl von Ossietzky Universität*, de Oldenburg entre as alemãs; e as Universidades de *Harvard*²¹⁰, pioneira nesta matéria, e de *Hamline*, no Minesota, entre as americanas²¹¹.

²¹⁰ Humberto Dalla Bernardina de Pinho nos faz um interessante resumo sobre as técnicas de negociação estudadas na Universidade de Harvard: “A Escola de Harvard tem se notabilizado por pregar uma técnica conhecida como *principled negotiation* ou negociação com princípios, fundada nos seguintes parâmetros: Em primeiro lugar, é importante diferenciar o interesse da posição. Normalmente as partes expõem sua posição, que não necessariamente coincide com seu interesse. Por falta de habilidade, não raras vezes, fala-se em números, valores ou situações concretas, ao invés de dizer o que se pretende ao final, permitindo que a barganha se dê quanto aos meios necessários a se atingir aquele fim. Para isso, é preciso que ambas as partes (e seus negociadores) encarem o processo de negociação como uma solução mútua de dificuldades, na qual o problema de um é o problema de todos. Nessa linha de raciocínio, é preciso separar o problema das pessoas, de modo a deixar claro que uma divergência de opinião não deve afetar o sentimento pessoal ou o relacionamento, que são sempre valiosos. Ademais, na busca da solução do problema, é preciso estar atento a três parâmetros: a percepção, a emoção e a comunicação. [...] Observando esses conceitos será possível identificar o real interesse, desenvolver diversas opções e alternativas e criar soluções não cogitadas até então, por meio de um procedimento denominado ‘brainstorming’. A partir daí, torna-se necessário utilizar critérios objetivos e bem definidos para avaliar as alternativas. Nesse momento, é preciso evitar a disputa de vontades, utilizar padrões razoáveis, baseados em descobertas científicas, precedentes legais ou judiciais e recorrer a profissionais especializados. O critério deve ser debatido a fim de gerar um procedimento justo e aceito por ambos os

Em suma: a sociedade vem caminhando (e é preciso que essa caminhada se desenrole a passos cada vez mais largos) para um modelo em que a resolução dos conflitos será atingida através do consenso, e não da disputa judicial. Conforme bem ressaltado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho, em Seminário realizado na Universidade Federal do Espírito Santo, “estamos trilhando um caminho em que o Princípio da Consensualidade irá se transformar em um super princípio, que irá preponderar em relação a outros princípios, mesmo o princípio do interesse público, em alguns casos”²¹².

Dentro do paradigma da resolução extrajudicial dos conflitos através do consenso, qual seria o papel ou finalidade do inquérito civil? Muitos acreditam que o inquérito civil possui o objetivo de apenas coletar dados para embasar a propositura de Ação Civil Pública, ou outra demanda judicial, pelo Ministério Público. Mas a sua finalidade vai muito mais além, e diria que, dentro desse novo paradigma da consensualidade, a instrução da ação judicial é o último dos objetivos do inquérito civil, embora não menos importante.

Conforme já salientado várias vezes nesse trabalho, a judicialização da demanda deve ser a última alternativa a ser adotada pelo membro do Ministério Público. Deve-se dar preferência à busca da solução extraprocessual, mais célere e efetiva²¹³. Com base nisso, podemos afirmar que se busca, com o inquérito civil, efetuar a coleta de elementos de convicção para que o membro do Ministério Público possa visualizar a existência de uma possível lesão ou ameaça de lesão a um determinado direito subjetivo individual indisponível ou coletivo.

interessados” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 414).

²¹¹ SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 133.

²¹² Notas extraídas da palestra **A Teoria Geral da Mediação**, proferida no Seminário “Processo Civil Contemporâneo”, realizado nos dias 22 e 23 de setembro de 2011 na Universidade Federal do Espírito Santo.

²¹³ Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel destaca que “incrementar a utilização do inquérito civil em conjunto com o emprego das técnicas de negociação com escopo de formalização de compromissos de ajustamento de conduta é estimular a adoção daquilo que, como lembra Gregório Assagra de Almeida, pode ser identificado como a adoção de um ‘modelo de Ministério Público resolutivo de conflitos’. Concentrar esforços em soluções consensuais, sem a propositura de demandas judiciais, é, de fato, assumir a responsabilidade pelo efetivo equacionamento dos conflitos, sem transferi-los sempre ao Poder Judiciário” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva**. In *Ação Civil Pública após 25 anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 728).

Em se constatando ameaça ou lesão a tais direitos deverá ser buscada uma solução consensual para a questão, no âmbito extraprocessual, através da expedição de recomendações, realização de reuniões e audiências públicas, ou a celebração de compromissos de ajustamento de conduta. Por conseguinte, deve o presidente do inquérito civil buscar propiciar ao máximo o exercício do contraditório no curso das investigações extrajudiciais do Ministério Público, somente não devendo fazê-lo quando importar em prejuízo para as investigações.

A exigência de um grau cada vez mais acentuado de observância do princípio do contraditório no inquérito civil – o que leva à sua processualização – é um pressuposto não somente para garantir um maior valor probatório em juízo dos elementos de prova ali coligidos. Muito mais do que isso, o contraditório permitirá uma maior legitimidade na utilização desse instrumento, propiciando o ambiente ideal para a construção do consenso entre as partes através do debate e da negociação, a fim de resolver a questão sem a necessidade de ser acionado o Poder Judiciário.

Apenas se não for possível ou suficiente a solução extraprocessual negociada é que deverá o *Parquet* lançar mão da ação judicial. E nesse momento, certamente, de posse de todos os elementos coligidos, eventual demanda judicial estará embasada em sólidos elementos probatórios, e terá maior chance de êxito²¹⁴.

²¹⁴ De acordo com pesquisa coordenada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em média, para cada duas ações promovidas pelo Ministério Público, uma é precedida de inquérito civil (ou seja, 50%), sendo que tal média aumenta sensivelmente nas demandas ambientais, passando para 62,96% das demandas ajuizadas. Quanto ao resultado, as demandas ajuizadas que foram precedidas por inquérito civil obtiveram êxito em 61,19% dos processos analisados. A pesquisa completa pode ser consultada na obra **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPÍTULO IV – A DINÂMICA DO INQUÉRITO CIVIL NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO, NO PROJETO DE LEI Nº 5.139/09 E NOS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO

O inquérito civil será analisado, neste capítulo, em sua dinâmica, ou seja, na maneira como se desenvolve e garante a efetivação dos direitos subjetivos individuais e coletivos, através do exercício dos deveres-poderes pelo membro do Ministério Público, dentro de um procedimento previamente fixado pela lei, ao menos em seus contornos gerais. A análise dinâmica pressupõe, ainda, a verificação do grau possível de participação do investigado e de terceiros no bojo do procedimento, bem como os efeitos decorrentes da utilização dos deveres-poderes pelo *Parquet*.

Para tanto, será primeiramente levado em consideração o microssistema processual coletivo atualmente em vigor, que consiste, basicamente, especificamente em relação ao inquérito civil, nas disposições contidas no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal; nos artigos 8º e 9º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85); nos artigos 25, inciso IV, e 26 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93); nos artigos 6º, inciso VII, e 8º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93); artigo 6º da Lei 7.853/89 (Lei de proteção das pessoas portadoras de deficiência); artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); artigo 19, parágrafo único, da Lei 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas sobre condutas lesivas ao meio ambiente); e no artigo 74, inciso I, do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). Também em nível infralegal, será objeto de análise a Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público e a Resolução nº 15/2000 do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Saliente-se, todavia, desde já, que os referidos dispositivos devem ser interpretados e confrontados com todo o microssistema processual coletivo, e com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Além do microssistema processual coletivo, serão analisados e confrontados os dispositivos referentes ao inquérito civil presentes no Projeto de Lei nº 5.139/09²¹⁵ e nos seguintes Anteprojetos de Código de Processos Coletivos²¹⁶: a) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi; b) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América; c) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual; e d) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/UNESA, coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Mas, será que com a, agora improvável, conversão em lei do Projeto de Lei nº 5.139/09, ou mesmo com a aprovação de algum outro Projeto de Código de Processo Coletivo, o microssistema processual coletivo perderá o seu valor? Deixará de ser aplicado? Obviamente que não. Não existe incompatibilidade entre uma lei geral, ou código, em que são enunciados princípios, regras e cláusulas gerais, e os microssistemas, responsáveis por delinear os contornos normativos de matérias específicas, conforme bem observaram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

²¹⁵ Projeto de lei que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. O referido projeto, infelizmente, foi rejeitado em caráter conclusivo pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em março de 2010, estando atualmente aguardando deliberação de recurso na mesa diretora daquela Casa de Leis (consulta realizada em 26 de dezembro de 2011 no site www.camara.gov.br). Segundo Alexandre Amaral Gavronski, a rejeição ocorreu por razões relacionadas à resistência do Congresso Nacional ao ativismo judicial, a uma preocupação com a excessiva judicialização e a um apego ao formalismo processual como garantia do devido processo legal e da segurança jurídica. A rejeição foi liderada pelo Deputado Federal José Carlos Aleluia (DEM-BA), que teceu críticas sobre “tratamento desigual conferido ao réu”, ao poder do juiz de “chamar alguém para entrar no lugar do autor ou procurar outro motivo e outro pedido para continuar a demanda”, bem como ao “excessivo poder dado ao Ministério Público e à Defensoria Pública”. Comenta ainda Gavronski que apesar do recurso apresentado pelo relator do projeto, a tradição e a praxis do Poder Legislativo brasileiro não permitem muitas esperanças de reversão do quadro sem que seja apresentado outro projeto de lei, devido à suposição de que os debates ocorridos nas Comissões seria mais qualificado e valorizado, e às dificuldades de, em Plenário, serem efetuadas alterações significativas em um projeto complexo como esse (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 30-31). Não obstante a rejeição do referido projeto, ele será ainda assim objeto de análise em alguns pontos pelas importantes contribuições e tendências trazidas em seu bojo, embora ainda alvo da resistência de parte de nossos legisladores.

²¹⁶ É contagiante o entusiasmo manifestado por Didier Jr. e Zaneti Jr. em relação aos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo: “Pretendemos apresentar agora quatro belos projetos de Código Processual Coletivo. A beleza desses diplomas está, para além de sua qualidade técnica notável, no compromisso em todos presente com a melhoria dos instrumentos do direito positivo para a efetivação da tutela coletiva. Tudo em declarada conformidade com os altos ideais que lhe são iminentes: realizar os direitos fundamentais através de uma tutela coletiva que atenda aos anseios de uma sociedade de massa no quadro de um processo civil de interesse público, renovado pela constitucionalização dos direitos e redemocratização do Brasil” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 63).

O valor dos Códigos nos ordenamentos jurídicos atuais é enunciar princípios, cláusulas gerais e regras para harmonizar a legislação infraconstitucional com os objetivos da Carta Magna e dos direitos fundamentais nela estatuídos. A diáspora legislativa causada pela complexidade e velocidade do mundo moderno necessita deste anteparo para mais bem direcionar não só o aplicador como também os legisladores do direito na atuação cotidiana. [...]

Já os microssistemas, reforçando-se apenas para frisar o ponto, são caracterizados por tratarem de matéria específica, dotada de particularidades técnicas e importância que justificam uma organização autônoma. Não se incompatibilizam com cláusulas gerais ou princípios, antes trazem mesmo os seus próprios, internamente, como necessidade intrínseca de organização e ordenação dos conteúdos. [...] ²¹⁷

1. FASE DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil é um instrumento exclusivo do Ministério Público para a efetivação e proteção dos direitos subjetivos individuais indisponíveis ou direitos subjetivos coletivos. A sua instauração é motivada pela ciência do *Parquet* acerca de possível lesão ou ameaça de lesão a tais direitos, ou mesmo da hipótese de adoção de conduta ilícita que possa vir a afetar esses direitos.

No entanto, não é obrigatória a instauração do inquérito civil para que o Ministério Público possa exercer a defesa dos direitos subjetivos individuais indisponíveis ou direitos subjetivos coletivos ²¹⁸. Se o órgão de execução já possui os elementos de convicção necessários à propositura da ação civil pública, não existe razão para a instauração do inquérito civil, a menos que se vislumbre a possibilidade de ser firmado Compromisso de Ajustamento de Conduta para a proteção e tutela dos direitos.

Assim, diante das peças de informação que possua, abrem-se ao membro do Ministério Público, basicamente, quatro caminhos: a) arquivamento e plano das peças

²¹⁷ Ibidem, p. 70.

²¹⁸ No sentido da ausência da obrigatoriedade de instauração do inquérito civil para o exercício das atribuições do membro do Ministério Público, a Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) dispõe expressamente: “Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. Parágrafo único. O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria”.

de informação²¹⁹, sem instauração do inquérito civil, se os fatos noticiados evidentemente não narrarem possível lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos individuais indisponíveis ou coletivos, ou mesmo a hipótese de adoção de conduta ilícita que possa vir a afetar negativamente esses direitos; b) na hipótese de ausência de atribuição legal, remessa das peças de informação ao membro do Ministério Público que possua a atribuição legal para apreciação da matéria; c) propositura de Ação Civil Pública, caso já haja elementos suficientes para identificar a lesão, perigo de lesão, ou adoção da conduta ilícita que afetem os direitos mencionados; ou d) instauração de procedimento administrativo preliminar ou inquérito civil para melhor investigação dos fatos narrados.

1.1 Modos de instauração

A formalização da instauração do inquérito civil ocorrerá mediante portaria²²⁰, que deverá conter: o fundamento legal que autoriza o exercício das atribuições do Ministério Público; a descrição do fato objeto de investigação; o nome e a possível qualificação da pessoa física ou jurídica investigada, bem como do autor da representação, se for o caso; a designação do servidor responsável por secretariar os trabalhos; a determinação das diligências investigatórias iniciais; a determinação para que seja autuada, numerada e registrada em livro próprio; a data e o local da instauração; a determinação de remessa de sua cópia para o Conselho Superior do Ministério Público e para o Centro de Apoio Operacional do Ministério Público²²¹ atinente à matéria.

²¹⁹ As hipóteses de arquivamento das peças de informação, do procedimento administrativo preliminar, e do inquérito civil, serão objeto de análise mais detalhada a partir do tópico 3 do presente capítulo.

²²⁰ O art. 4º da resolução nº 23/2007 do CNMP e o art. 3º da Resolução nº 15/2000 do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo estabelecem que a instauração do inquérito civil deverá ser formalizada mediante Portaria. Trata-se de questão procedimental que geralmente é tratada em nível de resolução, não havendo disposição legal expressa nesse sentido, e nem mesmo no Projeto de Lei nº 5.139/09 (que trata da Ação Civil Pública) ou nos projetos de código de processo coletivo.

²²¹ Os centros de apoio operacional são órgãos de natureza administrativa, vinculados à Procuradoria Geral de Justiça, com a função de auxiliar os membros do Ministério Público na execução de suas atividades. Não possuem atribuição de execução, e geralmente são organizados por matérias específicas, como Infância e Juventude, Defesa do Patrimônio Público, etc. Os Centros de Apoio Operacional são órgãos que prestam importante auxílio aos membros do *Parquet* na execução de suas atribuições, fornecendo elementos de pesquisa, realizando inspeções, elaborando laudos técnicos, e organizando reuniões entre os promotores e procuradores de justiça, visando a uniformização da atuação institucional.

A principal função da portaria de instauração do inquérito civil é garantir a publicidade da investigação, principalmente em relação aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público (visando viabilizar o controle de seu arquivamento), e formalizar o procedimento em relação aos servidores que irão secretariar e realizar as diligências investigatórias iniciais, determinadas pelo presidente²²².

O inquérito civil poderá ser instaurado: a) de ofício; b) mediante provocação ou representação; c) por determinação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público ou dos demais órgãos superiores da instituição.

A instauração ocorrerá de ofício, ou seja, independente de provocação, todas as vezes que chegarem ao conhecimento do membro do Ministério Público notícias de conduta ilícita ou de fato que constitua lesão ou ameaça de lesão aos direitos subjetivos individuais indisponíveis ou coletivos. Tal conhecimento pode se dar através da imprensa, de comentários do público em geral, etc.

A instauração pode, ainda, ocorrer de ofício nas hipóteses em que a denúncia oferecida seja anônima. O simples fato de ser a denúncia anônima, não a invalida como mola propulsora da atuação do *Parquet*²²³. No entanto, é preciso que seja apontada de

Por isso, é de todo recomendável a remessa da portaria de instauração do inquérito civil (e mesmo da petição inicial de eventual ação civil pública proposta) ao Centro de Apoio Operacional, para lhe dar ciência e possibilitar o auxílio e acompanhamento da atividade desenvolvida pelo órgão de execução do Ministério Público.

²²² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 236. Paulo Márcio da Silva defende que eventuais investigados devem ser obrigatoriamente informados acerca da instauração do inquérito civil, a fim de lhes ser possibilitado o exercício do contraditório, mesmo não havendo obrigatoriedade legal nesse sentido. Segundo ele, “lamentavelmente, a legislação federal que dispõe sobre o inquérito civil e sobre as atribuições do Ministério Público em nenhum momento aventou a obrigatoriedade de se noticiar os investigados quanto à existência do procedimento investigatório. Certo é, porém, que na grande maioria das vezes são eles surpreendidos com a notícia de que estão sob investigação pelos próprios órgãos de informação ou ainda quando recebem um “convite” para que compareçam perante o Promotor de Justiça a fim de serem ouvidos formalmente. Tal fato, indubitavelmente, pode comprometer os interesses do investigado, além de implicar eventual cerceamento do seu direito de defesa” (SILVA, Paulo Márcio da. **Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 135). Concordamos com o citado autor, até porque a potencialização do contraditório no inquérito civil é uma das propostas defendidas na presente dissertação. No entanto, é preciso deixar claro que a notificação deverá ocorrer quando ela for possível, ou seja, quando sejam conhecidas, desde a instauração do inquérito civil, as pessoas que serão investigadas, e quando não estiver o inquérito civil coberto sob o manto do sigilo. Nessa última hipótese, somente poderia ocorrer a notificação se não houvesse prejuízo para as investigações a serem realizadas.

²²³ Mesmo assim, é pertinente a observação de Eurico Ferraresi, no sentido de que “em regra, deve-se dar pouca credibilidade a representações anônimas. Todavia, se as informações forem suficientes para embasar o início das investigações, excepcionalmente será permitido valer-se delas para a instauração do inquérito civil. Há que se tomar cuidado com manifestações anônimas, porque, no mais das vezes, são oriundas de pessoas que se valem do Ministério Público para atingir opositores políticos” (FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 46).

forma clara a conduta ilícita perpetrada ou em vias de ser praticada, e outros elementos, que possam propiciar um início de investigação pelo Ministério Público. Observe-se que o inquérito civil instaurado com base em denúncia anônima insere-se na modalidade de instauração de ofício, e não mediante provocação ou representação, que exige a identificação do cidadão que oferece a representação.

Eurico Ferraresi faz interessante ressalva nos casos em que o membro do Ministério Público que instaura o inquérito civil de ofício, figure ele próprio como a principal testemunha. Exemplo: o promotor de justiça, em sua caminhada matinal, presencia os funcionários de uma fábrica lançando dejetos no rio que cruza a cidade. Nesse caso, defende Ferraresi, o promotor de justiça teria se transmutado em testemunha, e não poderia mais presidir um inquérito civil sobre tais fatos, de modo que a solução para esse caso seria a remessa do conhecimento do fato ao seu substituto legal, para que ele instaure e presida o inquérito civil, visando evitar a arguição de incompatibilidade do promotor-testemunha²²⁴.

Tal solução, de fato, seria a mais adequada, se não houvesse qualquer outro elemento de prova à disposição do membro do Ministério Público que presenciou os fatos. Nesse caso, o principal objetivo seria a adequada proteção ao meio ambiente, e não a defesa intransigente das atribuições do membro do Ministério Público, sendo que a remessa da informação ao substituto legal, e o depoimento testemunhal daquele promotor de justiça que presenciou os fatos poderia ser, talvez, a única prova capaz de comprovar a autoria da conduta ilícita perpetrada.

No entanto, se os fatos puderem ser comprovados também por outros meios (v.g. o promotor de justiça conseguiu fotografar os fatos no momento em que ocorreram; outras testemunhas também presenciaram o evento, etc.), nada obstará que o próprio promotor de justiça pudesse, de ofício, instaurar e presidir o inquérito civil acerca de fatos que ele mesmo tivesse sido testemunha. Não haveria qualquer impedimento ou incompatibilidade legal, nesse caso. Lembre-se: o membro do Ministério Público não é um agente imparcial, como o juiz. A sua parcialidade, no entanto, não significa uma atuação cega, visando estabelecer a culpa do investigado a qualquer custo, mas objetiva a efetiva proteção e defesa dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos, imputando extrajudicialmente ou judicialmente a responsabilidade a quem houver

²²⁴ FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39.

ameaçado ou ferido tais direitos. Óbvio que, durante a investigação dos fatos, conforme já salientado, deve ser propiciado, na maior medida possível e desde que não em prejuízo das investigações, o contraditório ao investigado.

Outro modo de instauração do inquérito civil é através da provocação ou representação de qualquer interessado. Trata-se do exercício pelo cidadão do direito de petição, garantido pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, que se configura como um importante instrumento de materialização da democracia participativa²²⁵. A representação pode vir instruída com peças de informação, que são documentos que contenham elementos probatórios visando comprovar o que foi alegado, ou mesmo apontar futuras diligências investigatórias que possam ser realizadas pelo membro do Ministério Público, para a adequada apuração dos fatos.

Finalmente, o inquérito civil poderá ser instaurado mediante determinação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público ou dos demais órgãos superiores da instituição.

O inquérito civil será instaurado pelo Procurador-Geral de Justiça nas hipóteses de solução de conflito de atribuição ou na delegação de sua atribuição originária. O Conselho Superior do Ministério Público determinará a instauração do inquérito civil quando for provido recurso em face de sua não instauração²²⁶. Os demais órgãos superiores da instituição, por sua vez, poderão requisitar a instauração do inquérito civil, nos casos cabíveis²²⁷, quando houver previsão em lei ou regulamento.

1.2 Atribuição para instauração do inquérito civil

A atribuição para instauração do inquérito civil segue a regra geral de que cabe ao mesmo órgão do Ministério Público que possui atribuição para propor a ação civil pública, a atribuição para a instauração do inquérito civil²²⁸.

²²⁵ Ibidem, p. 40.

²²⁶ Cf. artigo 2º da Resolução nº 15/2000, do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

²²⁷ Cf. artigo 2º, inciso III, da Resolução nº 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público.

²²⁸ A Resolução nº 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, determina em seu artigo 3º que “caberá ao membro do Ministério Público investido da atribuição para propositura da ação civil pública a responsabilidade pela instauração de inquérito civil”. Nesse mesmo sentido se posiciona Marcelo Abelha Rodrigues: “A rigor, portanto, só será possível a instauração de inquérito civil pelo *parquet* que tiver

Trata-se de regra, no entanto, potencialmente problemática, principalmente nas hipóteses em que há atribuição concorrente entre os diversos ramos do Ministério Público (Estadual, Federal, etc.), como por exemplo na atribuição para instauração de inquérito civil em matéria de defesa do Meio Ambiente, Consumidor, etc²²⁹.

Tal problema costuma ser rebatido com o argumento de que a atribuição de cada ramo do Ministério Público deveria ser aferida com base na Justiça competente para conhecer a questão. Assim, quando a matéria ambiental envolvesse também interesse direto da União, a competência para julgamento seria da Justiça Federal, e a instauração do Inquérito Civil caberia ao Ministério Público Federal.

A solução apresentada, no entanto, não atende as questões práticas envolvendo a concorrência de atribuições entre os diversos ramos do *Parquet*. Vamos a um exemplo corriqueiro em matéria ambiental: um promotor de justiça de uma cidade litorânea do interior investiga uma indústria que estaria lançando dejetos diretamente e sem nenhum tratamento no rio que cruza a cidade. Após adotar todas as diligências investigatórias, descobre-se que esse rio sofre a influência direta das marés, e que portanto uma área considerável de seu entorno (incluindo o próprio rio) deve ser considerada propriedade da União, de modo que eventual demanda judicial deveria ser proposta perante a Justiça Federal, pelo Ministério Público Federal. Ora, é possível que a sede do Ministério Público Federal se localize a dezenas ou centenas de quilômetros do local, e o

competência para propor a ação civil pública correspondente. Ora, se o IC destina-se à convicção do Ministério Público para propor ou não a demanda coletiva, nada mais lógico que, se o referido órgão não possui legitimidade para propor sozinho a dita demanda, também não poderá fazê-lo em relação ao IC. Se não pode o principal, com maior razão ao que lhe é acessório" (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 118).

²²⁹ A Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e a Lei Complementar nº 75/93 estabelecem inúmeras hipóteses de atribuição concorrente entre o Ministério Público Estadual e Federal, prevendo a possibilidade de instauração de inquérito civil por ambos os ramos do *Parquet*. O Supremo Tribunal Federal possui precedente no sentido de que há matérias em que efetivamente há concorrência, e não conflito de atribuições, entre o Ministério Público Estadual e Federal, pois inclusive se abriria a possibilidade de formação de litisconsórcio facultativo nesses casos: "Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Instauração de procedimento administrativo para apurar possíveis irregularidades na produção de copos descartáveis. Relação de consumo. Conflito inexistente. A questão tratada nas representações instauradas contra a autora versa sobre direito do consumidor. O art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, ao alterar o art. 5º, § 5º, da Lei 7.347/1985, passou a admitir a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e dos direitos do consumidor. O Ministério Público Federal e o Estadual têm a atribuição de zelar pelos interesses sociais e pela integridade da ordem consumerista, promovendo o inquérito civil e a ação civil pública – inclusive em litisconsórcio ativo facultativo –, razão pela qual não se há reconhecer o suscitado conflito de atribuições." (ACO 1.020, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-10-2008, Plenário, DJE de 20-3-2009). Disponível em www.stf.jus.br. Consulta em 02/05/2011.

procurador da república responsável dificilmente poderá conduzir a contento as investigações necessárias, em face da distância de sua sede do local do dano, e por não ter acompanhado todo o desenrolar do que já foi apurado.

Em uma hipótese como a aventada, a modificação da atribuição entre os ramos do Ministério Público se daria em prejuízo do direito subjetivo coletivo que se busca defender. Trata-se de um desvio de perspectiva: da máxima proteção ao direito subjetivo coletivo para a máxima proteção às atribuições ministeriais.

Ora, não podemos olvidar que a atribuição do promotor de justiça ou do procurador da república nada mais é do que uma espécie de direito subjetivo (direito-dever), caracterizado por se constituir em um plexo de competências atribuídas ao membro do Ministério Público para que atenda às finalidades descritas pelo ordenamento jurídico, colocando em primazia o interesse da coletividade, ou de indivíduos especialmente protegidos pela norma, e não o interesse egoístico do titular do direito-dever²³⁰.

Nesse sentido, a máxima proteção ao direito subjetivo coletivo ou individual indisponível deve prevalecer sobre discussões envolvendo atribuições entre os membros do Ministério Público. Embora não deva ser a regra, se em uma determinada circunstância for verificado que o promotor de justiça pode desenvolver a investigação no inquérito civil de forma mais efetiva do que o procurador da república, ele deve desenvolvê-la, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a propositura de eventual ação civil pública, mesmo na Justiça Federal. Trata-se de uma reinterpretação do princípio da unidade do Ministério Público, previsto no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal²³¹. Acompanhando o raciocínio desenvolvido, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual, dispôs em seu artigo 20, § 5º, que

Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado

²³⁰ Cf. ZANETI JR. Hermes. **Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo**. in FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (orgs.). *O Novo Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 145.

²³¹ “Art. 127. [...] § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

(artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independente de seu âmbito territorial de atuação²³².

Não podemos olvidar ainda a possibilidade de litisconsórcio entre os diversos ramos do Ministério Público (art. 5º, § 5º, da Lei 7.347/85). Embora não seja obrigatório o litisconsórcio para o ajuizamento de demandas pelo *Parquet*, conforme defendido acima, esse expediente tem se mostrado muito proveitoso na defesa dos direitos subjetivos coletivos. Nesse sentido, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida salienta que

[...] É operacionalmente vantajoso e tem sido incrementado o chamado *litisconsórcio ativo entre Ministérios Públicos* na ação civil pública, mediante representação conjunta das esferas federal e estadual, concretizando-se, ademais, por essa forma, a unidade e a indivisibilidade institucionais. Avolumam-se, com efeito, iniciativas no sentido de harmonizar as atribuições dos diversos Ministérios Públicos, como ressaltado de início, o que representa avanço significativo para o adequado enfrentamento dos conflitos metaindividuais que exigem a integração das esferas federativas²³³.

Desenvolvendo o raciocínio de Consuelo Yoshida, defendemos ainda a possibilidade de serem instaurados, de forma conjunta, inquéritos civis entre os diferentes ramos do Ministério Público, em uma espécie de “litisconsórcio extrajudicial”. Apenas careceriam de melhor análise as questões burocráticas e administrativas para a implementação de tal prática, o que foge ao objetivo do presente trabalho.

²³² Nesse mesmo sentido se posiciona José dos Santos Carvalho Filho: “Esse, de fato, é o ponto a ser destacado: a colaboração entre os Ministérios Públicos. Se à Instituição em si cabe a tutela dos interesses previstos na Constituição, não há razão plausível para invocar argumentos de ordem constitucional – ruptura do pacto federativo – ou institucional – unidade e indivisibilidade dos órgãos ministeriais. Melhor que a exclusão da atuação cooperativa é considerar que a soma de esforços pode conduzir a resultados mais proveitosos. Assim, nada impede que o Ministério Público do Estado atue junto à Justiça Federal e que o Ministério Público Federal funcione junto à Justiça Estadual” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 214).

²³³ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade**. In A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Edis Milare (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 131.

1.3 A necessidade de delimitação do objeto de investigação

A instauração do inquérito civil é um ato de extrema importância que interfere diretamente na esfera jurídica de pessoas e instituições. O simples fato de figurar como investigado em um inquérito civil geralmente traz para a pessoa investigada uma angústia e uma pressão social (ou política) que somente pode ser justificada pela efetiva presença de elementos fáticos mínimos que fundamentem o ato de instauração. Em suma: o membro do Ministério Público deve fundamentar a sua atuação desde o momento em que inicia uma investigação, não podendo o ato de instauração estar sujeito ao mero alvedrio ou aos humores momentâneos do membro do Ministério Público.

O ato de delimitação do objeto permite um melhor direcionamento das investigações, de modo que se saiba, desde o início, o problema com o qual se lida, a fim de se buscar a solução adequada. Nesse sentido são as palavras de Emmanuel Jeuland: “é preciso delimitar o litígio, possibilitando que ele seja cortado como um organismo canceroso, a fim de ser eliminado. A demanda inicial deve então ser já suficientemente precisa”²³⁴.

A Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público e a Resolução nº 15/2000 do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo estabelecem que a portaria de instauração do inquérito civil deverá descrever o fato objeto de apuração. Saliente-se que o fato deverá ser determinado, não podendo ser procedida a abertura de inquérito civil para apuração de fatos demasiadamente genéricos, como a existência de irregularidades nas licitações realizadas em determinada prefeitura, por exemplo. Ao contrário, nada obstará a abertura de inquérito civil para apurar irregularidade em uma determinada licitação, estendendo-se o seu objeto para todas as licitações que envolvam a mesma empresa. Nesse caso, haveria um objeto específico o suficiente para que fossem procedidas as diligências investigatórias no curso do inquérito civil.

²³⁴ Tradução livre. No original: “*Il faut délimiter le litige pour pouvoir le trancher un peu comme un organe cancéreux afin de l’éliminer. La demande initiale doit donc être déjà suffisamment précise*” (JEULAND, Emmanuel. **Regulation et théorie générale du procès**. in JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie. (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 222).

O ato de instauração do inquérito civil deve ser fundamentado, delimitando-se o seu objeto²³⁵, a fim de possibilitar o controle da legalidade/legitimidade desse ato. Nesse sentido, ressalta Marcelo Abelha Rodrigues, que

O *Ministério Público* não pode, sob pena de controle judicial, instaurar um IC se não tiver interesse no mesmo. E, diga-se de passagem, não se trata de conveniência e oportunidade ao alvedrio do *Parquet*, pois, em última análise, o inquérito civil servirá à obtenção de uma resposta possível entre duas que se apresentam: ou não há elementos de prova e precisa-se coletá-los, ou já há e eles não se mostram necessários. O interesse no IC significa que este deve ser ao mesmo tempo necessário e realizado de modo adequado a atingir o seu fim. Sem a *necessidade* e sem a *adequação*, o IC é ato administrativo com desvio de finalidade, ilegal e ineficiente, portanto sujeito a controle jurisdicional pelo Poder Judiciário. O IC deve ser necessário, evitando-se, pois, que seja gasto inutilmente o dinheiro público e também a morosidade da atuação ministerial (*princípio constitucional da eficiência*) e, ainda, deixando-se de causar graves e inúteis perturbações na vida dos inquiridos. Assim, se é verdade que as situações da vida ensejam uma rica variabilidade de hipóteses onde se poderia questionar a necessidade do IC, a verdade é que já é possível dizer que é absolutamente desnecessário tal instrumento quando o resultado pretendido já foi obtido (ou quando pode ser obtido por meio mais célere e mais econômico). Isso se dá, por exemplo, quando já houve coleta de material probatório em inquérito penal, já se possuindo elementos de convicção para uma eventual propositura da ação civil pública. Também será desnecessário o inquérito civil quando já se tenha ajuizado a ação civil pública, ou quando já exista decisão na justiça penal que constitua título executivo judicial no cível, ou quando absolva o réu da acusação que lhe é imposta²³⁶.

²³⁵ Os fatos objeto de apuração no inquérito civil devem ser delimitados. No entanto, convém lembrar a importante ressalva feita pela Resolução nº 23/2007 do CNMP, que estabelece em seu artigo 4º, parágrafo único que “se, no curso do inquérito civil, novos fatos indicarem a necessidade de investigação de objeto diverso do que estiver sendo investigado, o membro do Ministério Público poderá aditar a portaria inicial ou determinar a extração de peças para instauração de outro inquérito civil, respeitadas as normas incidentes quanto à divisão de atribuições”. No mesmo sentido cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 102-105.

²³⁶ Ibidem, pp. 113-114. No mesmo sentido se posiciona Arruda Alvim: “A possibilidade de controle jurisdicional do ato de instauração o inquérito civil pelo Ministério Público desvela, por sua vez, a exigência de uma motivação mínima do ato de instauração, uma vez que o controle de legalidade somente será viável se a abertura do inquérito civil estiver fundamentada. Somente a partir dos fatos investigados é que se poderá exercer o controle de legalidade da instauração desse procedimento prévio investigativo, porquanto será necessário que esses fatos a serem apurados, abstratamente considerados, sejam aptos e suficientes ao ajuizamento de ação civil pública. Em suma, é preciso que a descrição dos fatos e suspeitas a serem apuradas, encartada no ato de instauração do inquérito, correspondam, em tese, à justa causa para a propositura da ação civil pública. Essa justificativa se impõe diante da potencialidade restritiva de direitos trazida, senão pela mera instauração – que, por si só, tem o condão de repercutir negativamente na esfera jurídica do investigado –, também por atos específicos que venham a ser praticados no bojo do processo investigativo” (ALVIM, Arruda. **O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil**. In *Ação Civil Pública após 25 anos*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 135).

Com razão Marcelo Abelha. É necessária a presença dos requisitos de interesse e utilidade para a instauração do inquérito civil, a fim de evitar a utilização indevida desse poderoso instrumento, ou mesmo uma atuação ineficaz ou inútil do membro do Ministério Público. E tais requisitos poderão ser aferidos, desde logo, através do ato formal de instauração do IC, no qual deverá estar devidamente delimitado o objeto de investigação.

Apenas é preciso ter bastante cuidado em como é realizado o controle do ato de instauração. Para alguns, determinados fatos podem parecer bastante evidentes, ou sem necessidade de prova, ou passíveis de serem atingidos por outros meios, que não o inquérito civil. Mas pode ser que o membro do Ministério Público, de boa-fé, não esteja assim tão convencido. Dever-se-ia negar a ele a possibilidade de utilização do mais importante instrumento de formação de sua *opinio*? Acreditamos que não.

O inquérito civil é um instrumento privativo do Ministério Público, que não aplica diretamente sanções, e que possui o objetivo de coletar dados para a formação da *opinio* do membro do *Parquet*, bem como para embasar sua atuação. O Poder Judiciário somente deve atuar no controle da instauração do inquérito civil em hipóteses realmente graves de desvio de finalidade, sob pena de interferência indevida nas atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente – o que pode acarretar, inclusive, a ausência de proteção, ou proteção deficiente, de importantes direitos subjetivos coletivos.

É preferível punir pessoalmente o membro do Ministério Público por uma atuação indevida ou desproporcional (desde que dolosa), do que transferir ao Poder Judiciário o controle da discricionariedade de um ato que pertence, por previsão constitucional, ao Ministério Público: a necessidade de se instaurar, ou não, o inquérito civil.

Com a delimitação do objeto de investigação, dificulta-se também a utilização do inquérito civil como instrumento de pressão política, por meio de representações (anônimas ou não) de adversários políticos, com a única finalidade de denegrir a imagem do investigado. Por conseguinte, caso a representação não apresente fato ilícito determinado, sendo vaga e sem fundamento, ela deverá ser indeferida e arquivada, conforme defende Eurico Ferraresi:

Não havendo suspeita de irregularidade, deverá o Promotor de Justiça ou Procurador da República indeferir a representação, para que não haja a possibilidade de o inquérito se tornar instrumento político, o que enfraqueceria esse instituto do Ministério Público. Caso o inquérito civil seja instaurado a partir de uma representação infundada, corre-se o risco de o representante se utilizar da mídia para propalar a notícia de que suas suspeitas eram tão verdadeiras que o próprio Ministério Público está investigando o caso²³⁷.

É bom lembrar que a conduta de dar causa a instauração de investigação de inquérito civil contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, configura a prática de crime de denunciação caluniosa, prevista no artigo 339 do Código Penal, com pena de reclusão de dois a oito anos, e multa, e, nesse caso, o anonimato é punido com ainda maior severidade, com aumento de pena de sexta parte²³⁸.

A delimitação do objeto de investigação do inquérito civil é ainda importante para possibilitar o efetivo exercício do contraditório, que embora não seja obrigatório, é de todo recomendável que seja adotado no bojo do procedimento do inquérito civil. Àquele que é investigado, caso possível e não prejudique as investigações, deve ser facultada a análise e manifestação sobre os elementos contidos no inquérito civil. Para

²³⁷ FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7. Marcelo Abelha Rodrigues atenta, com razão, para os perigos de uma instauração temerária do inquérito civil, e os prejuízos que esse simples ato pode causar às pessoas investigadas: “O primeiro aspecto que queremos lembrar é que no nosso País – e esse é um dado que não pode ser olvidado – há uma sede por notícias sensacionalistas, pelo só fato de que estas ‘vendem’, e, se vendem, nada mais lógico que nos jornais de grande circulação seja comum a formatação de notícias destacadas de que *foi instaurado um inquérito civil* contra esta ou aquela pessoa, por este ou aquele fato. [...] Também não pode ser desconhecido pelo leitor que a quase totalidade da população brasileira é indiferente aos termos *intimado, inquirido, indiciado, acusado, réu* etc., porque está absolutamente à margem da justiça. E os poucos que reconhecem os termos não sabem distingui-los. Para a “grandíssima” maioria, estar perante uma autoridade policial, ou o *parquet*, ou o juiz, representa, sempre, uma situação absolutamente incômoda, de repressão psíquica e social, pelos vizinhos, pela rua, pelo quarteirão, pelo bairro, dependendo do espraçamento dessa vergonha e repressão social, da notoriedade do fato ou do acusado, inquirido, indiciado, intimado.” (ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e meio ambiente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 106-107). Deve o membro do Ministério Público, portanto, utilizar-se do inquérito civil de maneira sóbria e responsável, evitando inclusive proferir declarações conclusivas ou fornecer dados à imprensa, já no início das investigações. Tal maneira de atuar, que infelizmente tem se tornado cada vez mais comum, depõe contra toda a Instituição e enfraquece os demais membros do *Parquet*, bem como o próprio inquérito civil, sujeitando os responsáveis por tal prática a responder pessoalmente pelo exercício abusivo de seu dever-poder.

²³⁸ Esse artigo do Código Penal aparentemente entra em conflito com o artigo 19 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) que dispõe: “Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa”. A solução para o aparente conflito é proposta por Ferraresi nos seguintes termos: “o simples fato de representar por ato de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente subsume-se na norma do art. 19 da Lei n. 8.429/1992. Porém, se em virtude da representação o membro do Ministério Público instaura inquérito civil, então a figura delituosa a incidir é tipificada no art. 339 do Código Penal, que tem como núcleo ‘dar causa à instauração de inquérito civil’”. (Ibidem).

que o contraditório seja efetivo, é preciso que o investigado saiba exatamente do que está sendo, em tese, acusado.

Além disso, o investigado também assume papel importante para a própria delimitação desse objeto de investigação. A portaria de instauração deve apontar fato determinado, mas os contornos de tal fato somente serão fixados com precisão após a realização das necessárias diligências investigatórias pelo Ministério Público. Nesse quadro, o investigado, ao analisar os elementos já colhidos e se manifestar sobre eles, apresentar novos documentos, e apontar outros elementos ou “caminhos” que possam ser adotados na investigação, em muito contribui para a delimitação do objeto investigado. Nesse sentido, as palavras de Daniel Mitidiero acerca da cooperação na delimitação do objeto litigioso são esclarecedoras, e embora se refiram ao processo judicial, são plenamente aplicáveis ao inquérito civil: “[...] o processo civil ganha contornos cooperativos na medida em que para a ótima delimitação do objeto litigioso do processo todas as pessoas envolvidas no juízo podem oferecer a sua contribuição [...]”²³⁹.

1.4 Efeitos da instauração

O ato de instauração do inquérito civil gera alguns efeitos imediatos, como o de interromper a decadência. O artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor prevê que o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço ou produto não duráveis; ou noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço ou de produtos duráveis. No entanto, o mesmo artigo dispõe em seu § 2º, inciso III, que a instauração do inquérito civil, até seu encerramento, obsta o referido prazo decadencial acerca do direito de reclamar pelos vícios apontados.

Outro efeito da instauração do inquérito civil é possibilitar o pleno e legítimo exercício dos deveres-poderes pelo membro do Ministério Público, como o dever-poder de requisição, expedir notificações, realizar inspeções, etc.

²³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14), p. 108.

A instauração do inquérito civil pode, ainda, gerar o dever de o Estado/União indenizar o investigado por eventuais prejuízos sofridos em virtude de instauração/desenvolvimento de inquérito civil que tenha se mostrado temerário²⁴⁰.

1.5 Procedimento administrativo preliminar

Caso o membro do Ministério Público tenha ciência de um determinado fato que, em tese, esteja em sua esfera de atribuições, mas ainda não possua elementos suficientes para a delimitação de tal fato, a fim de que possa fundamentar a instauração do inquérito civil, ele poderá instaurar um procedimento administrativo preliminar, a fim de realizar uma averiguação prévia, visando a coletar dados para propiciar justa causa para a instauração do inquérito civil. Assim, o procedimento preparatório estaria no meio do caminho entre o indeferimento de uma representação oferecida e a instauração do inquérito civil²⁴¹.

A prática de instauração de procedimentos administrativos preliminares em vez do inquérito civil, embora possua previsão regulamentar (Resolução CNMP nº 23/2007), é objeto de críticas por parcela da doutrina, conforme se observa nas ponderações de José dos Santos Carvalho Filho:

*O procedimento preparatório é um verdadeiro pré-inquérito civil: assim, tanto pode ser arquivado como convertido neste último. Tal duplicidade, sobre representar verdadeira superposição de processos, encerra evidente burocracia, e isso porque, no mais das vezes, apurar-se-ão duas vezes os mesmos fatos. Sua instauração, segundo consta na Resolução 23, tem por motivo a complementação de informações para a apuração dos elementos de identificação dos investigados ou do objeto. Na verdade, é incompreensível que essa apuração não seja processada no próprio inquérito civil, unificando-se o procedimento*²⁴².

Saliente-se que tal procedimento possui natureza sumária, destinando-se a uma verificação preliminar, de modo que deve ser rejeitada a prática usual de se instaurar

²⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 228.

²⁴¹ FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 52.

²⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 270-271. No mesmo sentido: RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 76.

procedimentos administrativos preliminares, nos quais são realizados todos os atos de investigação próprios de um inquérito civil. Essa prática configura desvirtuamento da finalidade do procedimento administrativo preliminar, que acaba por se tornar um inquérito civil designado por outro nome²⁴³.

Visando evitar que o procedimento administrativo preliminar acabasse por ocupar o lugar destinado no sistema ao inquérito civil, a Resolução nº 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público e resoluções dos diversos Ministérios Públicos estaduais, como a Resolução nº 15/2000, do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, disciplinaram a finalidade e o prazo de conclusão do referido procedimento.

Nesse sentido, dispõe o artigo 2º, § 4º, da Resolução CNMP nº 23/2007, que o membro do Ministério Público poderá instaurar procedimento preparatório visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto do inquérito civil, antes de sua instauração, com o objetivo de complementar as informações já disponíveis.

Tal procedimento deverá estar concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável uma vez, por igual período, em caso de motivo justificável (art. 2º, § 6º), findo o qual deverá o membro do Ministério Público promover o seu arquivamento, ajuizar a respectiva ação civil pública, ou convertê-lo em inquérito civil (art. 2º, § 7º) - existe ainda a possibilidade, não mencionada no dispositivo, de celebração de compromisso de ajustamento de conduta. A Resolução nº 15/2000, do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo estabelece a mesma disciplina constante na Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, com a ressalva de que o procedimento administrativo preliminar deverá estar concluído no prazo de 120 (cento e vinte) dias.

1.6 Remédios contra a instauração do inquérito civil

O presente tópico trata de duas situações distintas: a) os remédios cabíveis em face do indeferimento de instauração do inquérito civil; e b) os remédios cabíveis em face da instauração do inquérito civil.

²⁴³ PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 45.

Dispõe o artigo 5º da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público que em caso de evidência de que os fatos narrados na representação não configurem lesão aos interesses ou direitos tutelados pelo Ministério Público; ou se os fatos já tiverem sido objeto de investigação ou de ação civil pública, ou ainda se já tiverem sido solucionados, o membro do Ministério Público, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil, de forma fundamentada, devendo dar ciência pessoal ao representante e ao representado.

De tal decisão é cabível a interposição de recurso administrativo, com as respectivas razões, no prazo de dez dias. A interposição deverá ocorrer junto ao órgão que indeferiu o pedido, que deverá remetê-lo ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de três dias, caso não haja reconsideração da decisão. Registre-se, todavia, que antes de tal remessa deverá ser oportunizada ao representado a possibilidade de oferecimento de contrarrazões, conforme determina a resolução.

É possível notar, portanto, que contra o indeferimento de representação para instauração do inquérito civil, somente é cabível o recurso administrativo, uma vez que a decisão de instauração deve ser mantida dentro do Ministério Público, não sendo possível que o Poder Judiciário determine a instauração desse instrumento privativo do *Parquet*.

Diferente é a hipótese em relação à instauração do inquérito civil. Uma vez instaurado, a legalidade/legitimidade do referido instrumento pode ser objeto de controle tanto na via administrativa quanto na via judicial.

O microssistema processual coletivo em vigor não prevê a possibilidade de interposição de recurso administrativo contra a instauração de inquérito civil. Os projetos de código de processo coletivo também não contemplam qualquer impugnação administrativa em face do ato de instauração.

O Projeto de Lei nº 5.139/09 (que trata da nova Lei da Ação Civil Pública), contudo, previu expressamente tal possibilidade, dispondo nos parágrafos 1º e 2º de seu artigo 51 que o interessado poderá interpor, no prazo de cinco dias, recurso ao Conselho Superior do Ministério Público contra o ato de instauração do inquérito civil.

Igualmente é possível a impugnação do ato de instauração do inquérito civil, na via judicial, por meio do mandado de segurança, uma vez que tal ato pode estar eivado

de vícios passíveis de controle jurisdicional, como a existência de ilegalidades, desvio de finalidade ou ausência de atribuição do órgão responsável por sua instauração. Também defende Ferraresi a possibilidade de ser trancada a investigação, por meio do mandado de segurança, quando não houver justa causa para a instauração do inquérito civil, ou seja, por ausência de elementos mínimos de prova ou delimitação do objeto a ser investigado²⁴⁴.

Vale lembrar, contudo, que embora com o trancamento do inquérito civil o membro do Ministério Público perca um importante instrumento para o efetivo exercício de suas atribuições, nada obsta que seja diretamente proposta a ação civil pública, caso haja elementos suficientes para tanto, uma vez que o inquérito civil é um instrumento de utilização facultativa, conforme já salientado anteriormente.

Finalmente, registre-se que o remédio do *habeas corpus* não é adequado para impugnar o ato de instauração do inquérito civil, uma vez que não se discute o direito de liberdade e locomoção, nessa seara²⁴⁵.

²⁴⁴ FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 52-55. No mesmo sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp.113-114; ALVIM, Arruda. **O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil**. In *A Ação Civil Pública após 25 anos*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 145. O Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse sentido: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. TRANCAMENTO. JUSTA CAUSA. DEMONSTRAÇÃO. SUSPEIÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O fato de a autoridade impetrada, promotor de justiça, já ter presidido anterior inquérito civil no qual o recorrente figurava como investigado não acarreta o seu impedimento ou suspeição para abertura de novo inquérito civil, sendo o caso de incidência, por analogia, da Súmula 243/STJ. 2. “Somente em situações excepcionais, quando comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil” (RMS 30.510/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 10/2/10). 3. No caso, a abertura do inquérito civil foi devidamente justificada pela autoridade impetrada, que aponta eventuais ilegalidades na Portaria 101/07, editada pelo recorrente quando ocupava a Chefia da Polícia Civil. 4. Recurso ordinário não provido. (RMS 27.004/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010). Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 26 de dezembro de 2011.

²⁴⁵ Há precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: “O *habeas corpus* não é meio hábil para questionar-se aspectos ligados quer ao inquérito civil público, quer à ação civil pública, porquanto, nesses procedimentos, não se faz em jogo, sequer na via indireta, a liberdade de ir e vir.” (HC 90.378, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-10-2009, Primeira Turma, DJE de 6-11-2009). Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 03 de maio de 2011. Arruda Alvim ressalva, no entanto, que “a prática de atos restritivos isolados, no curso do inquérito civil, também está sujeita à impugnação por mandado de segurança e, no caso de atingir o direito de locomoção, mediante impetração de *habeas corpus*” (ALVIM, Arruda. **O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil**. In *A Ação Civil Pública após 25 anos*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 145).

2. FASE DE INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL

2.1 Os deveres-poderes do Ministério Público no Inquérito Civil

O inquérito civil é um instrumento outorgado ao Ministério Público para que possa desenvolver plenamente suas atribuições visando defender e promover os direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos.

Para o exercício dessas atribuições o ordenamento jurídico previu uma série de poderes ao membro do Ministério Público. Tais poderes, no entanto, são concedidos não em benefício de seu titular, mas como instrumento para se atingir uma finalidade que transcende os interesses do membro do Ministério Público. Nesse sentido, mais do que poderes, são deveres-poderes, limitados pela finalidade preestabelecida pelo ordenamento jurídico²⁴⁶.

Dentre os deveres-poderes passíveis de serem exercidos pelo membro do Ministério Público, visando a instrução do inquérito civil, podemos elencar os seguintes: *dever-poder de requisição, dever-poder de notificação, dever-poder de inspeção, dever-poder de recomendação e dever-poder de realização de audiências públicas*²⁴⁷.

O dever-poder de requisição consiste em uma ordem emanada do órgão ministerial que deve ser cumprida pelo seu destinatário. O descumprimento somente se justifica na hipótese de ordem manifestamente ilegal.

A requisição do Ministério Público pode englobar a exigência do fornecimento de documentos, certidões e informações pelo destinatário, em prazo não inferior a dez dias úteis, conforme previsão do artigo 8º, § 1º, da Lei 7.347/85²⁴⁸. O não atendimento

²⁴⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010., p. 83.

²⁴⁷ Os deveres-poderes indicados possuem previsão normativa expressa em diversos dispositivos do microssistema processual coletivo, cf. art. 8º da Lei 7.347/85; art. 6º da Lei 7.853/89; art. 201 da Lei 8.069/90; art. 90 da Lei 8.078/90; art. 26 da Lei 8.625/93; art. 8º da Lei Complementar 75/93 e art. 74 da Lei 10.741/03.

²⁴⁸ José dos Santos Carvalho Filho lembra que “a Constituição em vigor insere, entre as funções institucionais do Ministério Público, o poder de requisitar informações e documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI). Não fez o mandamento qualquer restrição para o exercício dessa função. Admitiu até mesmo que a função fosse regulamentada pela lei complementar própria. Nota-se, portanto, que esse direito outorgado

da requisição pode configurar a prática do crime previsto no artigo 10²⁴⁹ dessa mesma lei, salvo se a requisição estipular prazo inferior a dez dias úteis, para seu cumprimento.

A Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, estabelece ainda em seu artigo 6º, § 8º, que as notificações, requisições, intimações e outras correspondências expedidas por órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, destinadas as instruir inquérito civil ou procedimento administrativo preparatório, endereçadas a autoridades públicas com prerrogativa legal (v.g. Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores de Estado, desembargadores) deverão ser comunicadas pelo Procurador-Geral de Justiça, sem que ele exerça, no entanto, qualquer valoração acerca do conteúdo do expediente.

O dever-poder de notificação consiste na ciência dada ao investigado, testemunha ou terceiro para que compareça no local e hora designados a fim de prestar esclarecimentos necessários à instrução do inquérito civil²⁵⁰. A ausência injustificada do notificado pode gerar a sua condução coercitiva, para a qual deverá ser requisitada força

ao Ministério Público não há de sofrer, em princípio, o influxo normativo do art. 5º, XXXIII, da CF, que prevê, como já visto, o direito à informação com a ressalva do sigilo, e isso porque o dispositivo se encontra no capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, geralmente atribuído a particulares. No caso, porém, a relação jurídica é idêntica à que se atribui aos magistrados. Sendo magistrados e membros do Ministério Público agentes políticos do Estado, e, pois, detentores de parcela de poder, a regra constitucional não seria aplicável quando se tratasse do exercício das funções próprias desses agentes. Sempre voltados para o interesse público, não estariam eles mobilizados por outro tipo de interesse, como ocorre com os particulares em geral. [...] Magistrados e membros do Ministério Público têm o poder de requisitar certidões e informações mesmo nas hipóteses de sigilo, mas serão responsabilizados pelo uso indevido desses documentos” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 287). O dever-poder de requisição do Ministério Público somente pode ser limitado nas hipóteses previstas na própria Constituição Federal, não sendo aceitável a oposição tão comum do chamado “sigilo bancário” ao *Parquet*, conforme bem pondera Alexandre Amaral Gavronski: “O poder requisitório do Ministério Público no que se refere a informações cobertas por sigilos só é limitado no que há reserva de jurisdição constitucional, caso das comunicações telefônicas (art. 5º, XII). A obtenção de informação bancárias diretamente, i.e., sem autorização judicial, tem sido admitida pela jurisprudência somente no que respeita a verbas públicas, a despeito da amplitude conferida à requisição em questão no § 2º do art. 8º da LOMPU” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 302). No mesmo sentido: GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 357.

²⁴⁹ Art. 10 da Lei 7.347/85: “Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

²⁵⁰ Segundo João Batista Martins César, a testemunha ouvida no inquérito civil pode cometer crime de falso testemunho, nos termos do artigo 342 do Código Penal. Por isso, deverá o membro do Ministério Público tomar o compromisso do depoente, antes de iniciar a sua oitiva (CÉSAR, João Batista Martins. **Tutela Coletiva: Inquérito Civil – Poderes Investigatórios do Ministério Público – Enfoques Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2005, pp. 56-57)

policial. Proença²⁵¹ defende que a notificação (principalmente se contiver ameaça de condução coercitiva em caso de não comparecimento) só poderia ocorrer no âmbito do inquérito civil ou procedimento administrativo, sendo ilegal a condução coercitiva de pessoas para prestarem depoimento sobre fatos acerca dos quais não há qualquer procedimento instaurado formalmente. Nada impediria, no entanto, o atendimento espontâneo de um convite para comparecimento diante do membro do Ministério Público.

Ao exercer o dever-poder de notificação deve o membro do Ministério Público informar à pessoa que será ouvida se sua oitiva será realizada na qualidade de testemunha ou investigado. Tal expediente visa garantir a tal pessoa que exerça seu direito de defesa em sua plenitude, inclusive com a presença de seu advogado, caso figure na condição de investigado.

O dever-poder de inspeção é exercido pelo membro do Ministério Público em face de qualquer entidade, pública ou privada, visando a fiscalização direta, *in loco*, do efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal (art. 129, II, da CF), através da verificação das condições de funcionamento de hospitais, escolas, abrigos, asilos, etc.

O dever-poder de recomendação se materializa através de um instrumento escrito mediante o qual o membro do Ministério Público indica, exorta, instrui ou orienta pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, a que deem trato especial ou com certa consideração, a serviços públicos ou de relevância pública, visando que sejam respeitados bens, direitos e interesses cuja defesa incumba à instituição, fixando prazo para tanto²⁵². Trata-se de mais um instrumento de resolução de conflitos na esfera extrajudicial, que pode culminar com o atendimento espontâneo do destinatário, com a assinatura de um Compromisso de Ajustamento de Conduta, ou, ainda, com o ajuizamento de demanda judicial pelo Ministério Público, em caso de desatendimento do que foi recomendado.

²⁵¹ PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 89.

²⁵² BARBOSA. Osório; MEDEIROS. Sérgio Monteiro. **A recomendação como instrumento de atuação do Ministério Público da União** in O Ministério Público e a ordem social justa: Dez anos da Lei Complementar n. 75/93. MOURA JR., Flávio Paixão et al (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 208.

O dever-poder de realização de audiências públicas consiste na realização de reuniões abertas ao público, nas quais devem ser estabelecidas regras visando a participação de todas as pessoas, com a finalidade de discutir temas de relevo para a sociedade, como o meio ambiente, a infância e juventude, a ocupação irregular do solo urbano, etc. Com base nos subsídios coletados na audiência pública o membro do Ministério Público poderá direcionar sua atuação de maneira mais efetiva, visando a resolução dos problemas mais urgentes da comunidade, livrando-se, ainda, da atuação com base somente no material que lhe é encaminhado por meio de representações, que por vezes possuem caráter de mera perseguição política²⁵³.

2.2 O problema do custeio da realização das perícias

O dever-poder de requisição engloba a realização de exames e perícias por qualquer organismo, público ou particular. Nesse caso, surge a discussão acerca de quem seria o responsável por custear essas requisições. Hugo Nigro Mazzilli entende que, no inquérito civil, “os custos das perícias, quando houver, devem ser carreados ao Estado, não ao Ministério Público, que não tem personalidade jurídica e é órgão estatal”²⁵⁴. O problema é complexo, tendo em vista que embora o Ministério Público não possua personalidade jurídica, ele é dotado de autonomia financeira e orçamentária, possuindo orçamento próprio, conforme expressa previsão constitucional (art. 127, §§ 3º a 6º, da Constituição Federal).

²⁵³ FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112. O mesmo autor ainda salienta: “Muito se falou e escreveu da atuação do Ministério Público como autor das ações coletivas. Sobreleva lembrar, contudo, que pouca ênfase se tem dado às audiências públicas. Com efeito, a oportunidade para o debate com a comunidade a respeito dos interesses prioritários será nas audiências públicas; na hipótese de futura propositura de ação coletiva, o ajuizamento da demanda não será um ato isolado do promotor, mas sim a exigência, por intermédio do Poder Judiciário, do que foi discutido com o corpo social. Não é necessário muito empenho para compreender que esse tipo de atitude engrandece o órgão ministerial, aproximando-o do grupo” (Ibidem.). No mesmo sentido se manifesta Gavronki: “As audiências públicas representam importante instrumento de transição de uma democracia representativa para a participativa, na medida em que integram a população na solução dos interesses que lhe digam respeito direto, permitindo que o pluralismo que caracteriza a sociedade contemporânea seja levado em consideração na tomada das decisões de interesse coletivo e que a solução construída seja mais adequada à realidade e às necessidades do caso concreto” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 330).

²⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161.

Em sede de inquérito civil, a questão vem sendo resolvida com a criação de corpos técnicos no âmbito do próprio Ministério Público, com a finalidade de realizar exames e perícias necessárias à instrução dos procedimentos. Além disso, o Estado conta com órgãos oficiais com a atribuição de realização de perícias e exames nas mais diversas áreas, sendo que tais órgãos devem atender as requisições do Ministério Público, sendo plenamente aplicável, nesse caso, o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, no sentido da obrigatoriedade do Estado custear tais perícias.

No entanto, a questão da responsabilidade pelo custeio de exames e perícias ocorre não somente no âmbito extrajudicial, mas também (até mesmo com maior frequência) na esfera judicial. O Superior Tribunal de Justiça²⁵⁵ vem se posicionando no sentido de que cabe ao Ministério Público realizar o depósito prévio dos honorários do perito, nas demandas em que figure como autor.

Analizando o teor dos votos proferidos, verifica-se que o referido Tribunal pretende imprimir uma nova interpretação ao artigo 18 da Lei 7.347/85²⁵⁶, com base na Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. Salienta o Tribunal que o Ministério Público deve ser equiparado à Fazenda Pública, para fins de aplicação da Súmula 232 do STJ. Argumenta-se que uma interpretação literal do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública acarretaria dificuldades na tramitação do processo, em detrimento dos interesses de natureza coletiva ou indisponível, uma vez que não se poderia impor ao profissional que realiza a prova técnica trabalho gratuito em prol da Justiça, nem impor ao réu que suporte o ônus da realização de uma prova de elevado custo, contra ele próprio. Desse modo, e considerando que o Ministério Público possui ainda autonomia financeira e orçamentária, caberia a ele suportar o ônus da prova pericial requerida.

Cabe, entretanto, um breve comentário em relação às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos precedentes mencionados. Trata-se de decisões proferidas por órgão fracionário do referido tribunal, que claramente afastaram a

²⁵⁵ REsp 891.743/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, data do julgamento: 13/10/2009, DJe 04/11/2009 e AgRg no REsp 1091843/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, data do julgamento: 12/05/2009, DJe 27/05/2009. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 04 de maio de 2011.

²⁵⁶ Art. 18 da Lei 7.347/85: “Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

incidência do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública, que é claro em afirmar que não é cabível o adiantamento de honorários periciais nas demandas regidas por aquela lei. Essas decisões, portanto, violaram o artigo 97 da Constituição Federal²⁵⁷, que estabelece a reserva de plenário para decisões que afastam a incidência de dispositivo legal, mesmo sem declarar expressamente sua inconstitucionalidade. É exatamente esse o teor da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A solução a ser adotada pelo membro do Ministério Público, em face de decisões dessa natureza, que afastam a incidência do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública sem respeitar a cláusula de reserva de plenário, é o ajuizamento de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal²⁵⁸.

Todavia, embora os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sejam passíveis de impugnação, por desrespeito à reserva de plenário, o problema levantado ainda persiste²⁵⁹. De fato, ainda que deva ser dada primazia à defesa dos direitos que são objeto de tutela por meio da ação civil pública, por seu caráter indisponível ou coletivo, não é de somenos importância o argumento de que não se pode obrigar um perito particular a trabalhar gratuitamente para a Justiça (visto que no caso de peritos e instituições públicas, é cabível exigir que o custo da realização da perícia seja suportado

²⁵⁷ Art. 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²⁵⁸ A legitimidade ativa autônoma do Ministério Público Estadual para propor reclamação perante o Supremo Tribunal Federal foi reconhecida na Rcl 7358/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 24.2.2011, publicada no Informativo Semanal de Jurisprudência nº 617, do Supremo Tribunal Federal. Em seu voto, o Min. Cezar Peluso ressaltou que fazer com que o Ministério Público Estadual ficasse na dependência do que viesse a entender o Ministério Público Federal seria incompatível, dentre outros princípios, com o da paridade de armas. Salientou, ainda, que se estaria retirando do Ministério Público estadual uma legitimidade que seria essencial para o exercício das suas funções, as quais não seriam exercidas pelo Ministério Público Federal. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 04 de maio de 2011.

²⁵⁹ O drama da questão do pagamento dos honorários periciais nas ações coletivas foi exposto por Paulo de Bessa Antunes da seguinte forma: “[...] Em primeiro lugar, há que considerar a própria dificuldade técnica de perícias ambientais que, raramente, são elementares. Uma outra questão relevante é a que se relaciona ao pagamento de honorários, uma vez que a lei da ação civil pública determina que não haverá adiantamento de honorários periciais, gerando muitas dificuldades para aqueles que exercem a nobre missão de *expert* do juízo, que não podem trabalhar sem a devida remuneração. A questão é tão dramática que alguns desavisados já chegaram a cogitar de transferir o ônus da remuneração do perito para o réu, o que implica nulidade da sentença!” (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Prova pericial**. In A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 468-469).

pelo Estado, conforme já ressaltado), e nem o réu a custear uma perícia de custo às vezes elevado, para contribuir para a realização de uma “prova” contra si mesmo.

Esse último argumento, contudo, pode ser combatido pela moderna concepção de que o processo constitui-se em uma instância democrática de resolução dos conflitos e tutela dos direitos fundamentais, em que a cooperação entre as partes deve ser encarada não somente como um direito, mas como um dever²⁶⁰. Com base nessa visão, o Projeto de Lei nº 5.139/09 e todos os anteprojetos de Código de Processo Coletivo, trazem comandos normativos no sentido de que o ônus da prova deve ser suportado pela parte que disponha dos conhecimentos técnicos, informações, ou recursos financeiros mais adequados à realização da prova²⁶¹.

O Projeto de Lei nº 5.139/09, em seu artigo 21, propõe ainda uma solução que merece elogios: após determinar que a realização da prova técnica ou pericial deve ficar

²⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14), *passim*. No mesmo sentido leciona Artur Carpes: “A partir da compreensão de que o processo constitui instrumento para a tutela dos direitos fundamentais, ganha relevo não apenas a atividade e responsabilidade do juiz, mas também a atividade e responsabilidade das partes, a fim de que tal finalidade seja alcançada. Consagrado o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, exige-se do juiz esforço ainda maior na tarefa de formação do juízo de fato, na medida em que somente dessa forma será possível alcançar a justiça. Tal esforço, todavia, é compartilhado com as partes, às quais também é endereçado semelhante *dever de cooperação*. Afinal, se o processo cumpre a função pública de pacificar com justiça, constitui dever de todos os sujeitos processuais, bem como de terceiros eventualmente, colaborar para que tais escopos sejam atingidos”. (CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 62). A cooperação (ou colaboração) vem sendo entendida como uma característica marcante da sociedade pós-industrial, em contraposição à sociedade “de massa” da era industrial. Essa visão foi muito bem exposta por Don Tapscott, estudioso canadense do impacto da tecnologia nas empresas e nas sociedades: “Na era industrial, tudo é feito para a massa. Criamos a produção de massa, a comunicação de massa, a educação de massa, a democracia de massa, a sociedade de massa. A característica central da sociedade industrial é que as coisas começam com um (aquele que tem o conhecimento) e chegam a muitos (aqueles que não têm o conhecimento). [...] Na sociedade pós-industrial, o conhecimento será transmitido não mais de um para muitos, mas de um para um ou de muitos para muitos. Será a era da inteligência em rede, num sistema de colaboração de massa”(TAPSCOTT, Don. Entrevista concedida à Revista Veja. Editora Abril: 13 de abril de 2011. Edição 2.212. Ano 44. Nº 15, p. 22). O raciocínio de Tapscott pode ser transportado para o terreno do processo, com a superação de uma verdade “ditada” pelo juiz, para um processo de “construção colaborativa” da verdade, por todos os sujeitos processuais.

²⁶¹ Nesse sentido, cf. Projeto de Lei nº 5.139/09 (art. 20, inciso IV); Código de Processo Civil Modelo para Países de Direito Escrito (arts. 11 e 12); Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (art. 12); Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (art. 11); e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (UERJ/UNESA) (art. 19). Esse modo de distribuição do ônus da prova vem sendo denominado pela doutrina como “distribuição dinâmica”, consistindo, portanto, “na atribuição, do *ônus probandi*, à parte que, no caso concreto, se revela como titular de melhores condições de produzir a prova sobre determinada alegação (de fato ou de direito). Como se vê, para que a carga probatória seja distribuída de forma dinâmica, é necessária a prolação de decisão judicial devidamente fundamentada” (REDONDO, Bruno Garcia. **Ônus da Prova e Distribuição Dinâmica: lineamentos atuais**. In *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. MOREIRA, Alberto Camiña et al (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218).

a cargo, preferencialmente, de servidores públicos especializados, prevê a possibilidade de utilização recursos do Fundo de Reparação dos Direitos Difusos para o custeio das diligências necessárias à produção dessas provas, caso não haja servidor público apto a desempenhar a função pericial. A análise de critérios de razoabilidade, proporcionalidade e economicidade na utilização de recursos desse fundo deverá, obviamente, ser realizada pelo seu conselho gestor, do qual participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, consoante determina o artigo 66 do citado projeto de lei²⁶².

Saliente-se que a solução aventada para custear a realização de perícias pode ser aplicada também no âmbito do inquérito civil. Assim, caso não seja possível a realização da prova técnica ou pericial por servidores ou instituições públicas, o membro do Ministério Público que preside o inquérito civil deve solicitar e justificar a necessidade da utilização dos recursos para realização da prova, ficando o requerimento sujeito à análise e decisão do Conselho Gestor do Fundo.

2.3 Provimentos judiciais incidentais, antecipatórios e cautelares no curso do inquérito civil

É possível que no curso do inquérito civil, antes mesmo de ser ajuizada a ação civil pública, revele-se necessária a adoção de providência judicial visando a defesa de direito subjetivo individual indisponível ou coletivo, que tenha sido lesionado ou esteja ameaçado de sofrer lesão.

²⁶² Solução semelhante para a questão foi adotada no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, no art. 12, par. 1º: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo”. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos também contém dispositivo similar, em seu art. 27, *caput*: “Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos – O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no parágrafo 3º do artigo 17”.

O recurso ao Poder Judiciário deve ocorrer nas hipóteses em que não seja possível ao próprio membro do Ministério Público a adoção direta da providência necessária à proteção desses direitos, por meio de seu poder requisitório, por exemplo.

Nesse sentido, visando instruir o inquérito civil, ou resguardar direitos, pode o Ministério Público ajuizar demanda visando a adoção de providência cautelar, específica ou genérica, com base no poder geral de cautela do juiz. A medida cautelar será requerida em caráter preparatório, no prazo de 30 dias, ao juiz competente para conhecer a demanda principal, conforme determinam os artigos 800 e 806 do Código de Processo Civil.

O requerimento do Ministério Público deverá vir instruído com os documentos necessários à comprovação de suas alegações, podendo ser utilizada cópia integral ou parcial do inquérito civil. A medida cautelar, por sua vez, será processada em expediente próprio, que poderá vir a ser apensado aos autos do inquérito civil, não sendo de boa técnica que a medida seja decretada no bojo dos próprios autos do inquérito civil.

Convém destacar, contudo, que as medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil, como a produção antecipada de provas (arts. 846 a 851) ou outras medidas provisionais (arts. 888 e 889), por exemplo, constituem uma opção a ser utilizada pelo membro do Ministério Público, antes do ajuizamento da demanda. Nada obsta, no entanto, que a mesma finalidade seja atingida através do exercício de seus deveres-poderes nos próprios autos do inquérito civil. Aliás, é até preferível que a finalidade seja atingida desde logo no âmbito extrajudicial, através de uma notificação, oitiva ou requisição, deixando as medidas cautelares como “soldado de reserva”, a fim de serem utilizados apenas quando não for possível a produção extrajudicial da prova, ou quando se mostrar inviável o exercício do contraditório de forma diferida. Nesse caso, a fim de possibilitar desde logo a manifestação da parte contrária, como na hipótese em que puder haver o perecimento do meio de prova, por exemplo, é recomendável que a prova seja produzida desde já, cautelarmente, em Juízo.

Em relação à antecipação dos efeitos da tutela pretendida, segundo a sistemática normativa atual, é necessário o prévio ajuizamento da ação principal perante o Poder Judiciário, não sendo possível sua concessão em caráter preparatório ou incidental, no curso do inquérito civil. Não obstante, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos

Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, propõe a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de concessão da tutela antecipada em procedimento antecedente, nos moldes como ocorre com a medida cautelar preparatória, prevendo a estabilização dos efeitos da tutela concedida, por meio de coisa julgada, caso não intentada a demanda principal no prazo de trinta dias²⁶³. Trata-se, certamente, de importante proposta, que vai ao encontro do anseio constitucional de um processo célere e efetivo.

Importa destacar que é possível a concessão de medidas judiciais durante o curso do inquérito civil, tanto se pleiteadas pelo Ministério Público como pelo investigado. Assim, o investigado pode valer-se do mandado de segurança, ou alguma outra medida judicial, visando ter acesso aos autos do inquérito civil, caso lhe esteja sendo negada essa possibilidade, ou mesmo visando o trancamento da investigação, conforme já salientado no tópico 1.6 *supra*.

2.4 A possibilidade de utilização dos deveres-poderes pelo Ministério Público no curso do processo

Os deveres-poderes do Ministério Público são exercidos em sua plenitude no âmbito do inquérito civil, que é o instrumento por excelência para a realização das diligências investigatórias visando a colheita de elementos para a adequada proteção dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos.

²⁶³ O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, do IBDP, propõe em suas disposições finais, o acréscimo dos artigos 273-A a 273-D ao Código de Processo Civil, que tratam da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, cujo teor é o seguinte: “Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo. Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código. § 1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva: a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito; b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão. § 2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida. Art. 273-C. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito. *Parágrafo único*. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida. Art. 273-D. Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões”.

No entanto, nada obsta que esses deveres-poderes possam ser exercidos após o ajuizamento da demanda judicial pelo Ministério Público. Os deveres-poderes outorgados ao *Parquet* decorrem diretamente do microssistema processual coletivo, e eles não ficam suspensos durante o curso do processo judicial. Ao contrário, se o membro do Ministério Público possuía legitimidade para sua utilização durante o inquérito civil, ainda pode fazer uso deles no decorrer da instrução processual²⁶⁴, visando dotar o Juízo de todos os elementos de prova possíveis para a prolação de uma decisão justa.

Nesse sentido, pode o promotor de justiça efetuar requisições, realizar oitivas de pessoas, agendar audiências públicas, ou mesmo determinar que seu corpo técnico ou servidores públicos realizem perícias, visando a instrução do processo. No entanto, o valor probatório de todo esse material é relativo, da mesma maneira que os elementos coligidos durante o inquérito civil, sendo diretamente proporcional ao contraditório que houver sido possibilitado durante sua produção e à verossimilhança de seu conteúdo.

É oportuno ressaltar, no entanto, que o exercício desses deveres-poderes deve ser materializado em documentos, para que possam ser juntados aos autos. Todos os elementos coligidos diretamente pelo membro do Ministério Público, seja na fase extrajudicial (no bojo do inquérito civil) seja durante a instrução judicial, possuem o caráter de *prova documental*²⁶⁵. Se já iniciado o processo, esses documentos podem ser

²⁶⁴ Registre-se, no entanto, que a possibilidade de utilização dos deveres-poderes pelo membro do Ministério Público, no curso da demanda judicial, não é tema pacífico na doutrina. Arthur Luis Mendonça Rollo, por exemplo, manifesta-se contrariamente a essa utilização: “Sendo o objetivo do inquérito civil colher elementos para propor ação civil pública, após a distribuição da petição inicial dessa, não há que se falar na sua instauração ou continuidade. Não há como um inquérito civil tramitar para investigar fatos referentes ao objeto de ação judicial já em curso. A partir da propositura da ação, caberá ao Juiz determinar, se for o caso, as perícias, diligências, colher depoimentos e tudo o mais que se fizer necessário ao deslinde da demanda, até porque o Ministério Público, enquanto autor, poderá entender necessárias provas reputadas desnecessárias pelo julgador. Uma vez proposta a ação, caberá ao juiz determinar as provas que serão produzidas. [...] No nosso entender, a propositura da ação esgota a atribuição administrativa do membro do Ministério Público para o processamento do inquérito civil. Os elementos eventualmente colhidos nesses expedientes paralelos às ações civis públicas devem ser considerados ilícitos e não admitidos como prova no processo” (ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Inquérito Civil e Termo de Ajuste de Conduta: limites à atuação do Ministério Público.** In Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. MOREIRA, Alberto Camiña et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

²⁶⁵ Assim, a realização de uma perícia por determinação do Ministério Público, por exemplo, mesmo que efetivada por um servidor público, e ainda que o promotor de justiça tenha procurado atender o contraditório com máxima efetividade, jamais poderá ser considerada uma prova pericial. A prova pericial é somente aquela realizada de acordo com os padrões descritos nos artigos 420 e seguintes, do Código de Processo Civil. O Laudo Pericial juntado aos autos pelo membro do Ministério Público será considerado prova documental, e seu valor probante dependerá dos dados por ele trazidos e do grau de observância do princípio do contraditório em sua produção, conforme já ressaltado.

juntados aos autos, por força do artigo 397 do Código de Processo Civil, visando fazer prova de fatos ocorridos após o ajuizamento da demanda, ou para contrapor os argumentos da parte contrária ou documentos por ela trazidos aos autos.

3. FASE DE CONCLUSÃO DO INQUÉRITO CIVIL

3.1 Prazo para conclusão e princípio da duração razoável do processo

Após o encerramento das investigações realizadas no inquérito civil, abrem-se ao membro do Ministério Público, basicamente, três alternativas: a) ajuizamento de demanda judicial; b) formalização de termo de ajustamento de conduta; c) arquivamento do inquérito civil.

As investigações realizadas por meio do inquérito civil devem ser concluídas em um prazo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal)²⁶⁶, cabendo ao órgão ministerial evitar formalismos desnecessários e imprimir o máximo de celeridade possível ao procedimento, de modo a impedir situações de incerteza que possam prejudicar, patrimonial ou moralmente, o investigado²⁶⁷. Eventual demora indevida poderá implicar ao Poder Público o dever de indenizar os prejudicados²⁶⁸.

O prazo de conclusão do inquérito civil não é previsto no microssistema processual coletivo em vigor, e nem no Projeto de Lei nº 5.139/09, ou nos projetos de código de processo coletivo. Tal matéria é tratada atualmente por meio de resolução,

²⁶⁶ De nada adianta, no entanto, a previsão legal ou constitucional da duração razoável do processo ou procedimento, se a ideologia da procrastinação continuar imperando no ambiente processual e se não houver cooperação entre as partes. Nesse sentido é a observação feita por Federico Freni e Francesco De Luca, no contexto do processo administrativo italiano: *“Il secondo comma dell’art. 2 c.p.a. richiama il principio della ragionevole durata del processo, sottolineando l’importanza della cooperazione tra il giudice e le parti affinché tale risultato possa essere raggiunto. [...] Come evidenziato, affinché le esigenze di celerità possano essere pienamente soddisfatte, l’intervento del legislatore non può considerarsi sufficiente, risultando necessario che anche i soggetti del giudizio, giudice e parti, assumano dei comportamenti virtuosi, improntati ad uno spirito di reciproca cooperazione”* (FRENI, Federico. DE LUCA, Francesco. **Effetività della tutela e giusto processo amministrativo**. Roma: Giuridica Editrice, 2011, pp. 75-79).

²⁶⁷ DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 291.

²⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 236.

embora nada impeça que venha futuramente a ser objeto de regulamentação por meio de lei.

O artigo 9º da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público estabelece o prazo de 01 (um) ano para a conclusão do inquérito civil, que poderá ser prorrogado por decisão fundamentada de seu presidente, dando ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (no caso do Ministério Público da União). Estabelece ainda, em seu parágrafo único, que cada Ministério Público, no âmbito de sua competência administrativa, poderá estabelecer prazo inferior, bem como limitar as hipóteses de prorrogação do prazo para conclusão do inquérito civil.

3.2 O compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso de ajustamento de conduta é um instrumento outorgado ao Ministério Público e aos órgãos públicos legitimados para a celebração de um acordo com eficácia de título executivo extrajudicial, visando a prevenção do ilícito ou a recuperação do dano causado ao bem jurídico coletivo tutelado. A sua gênese legal encontra-se no parágrafo 6º do artigo 5º da Lei 7.347/85²⁶⁹, que foi inserido pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), sendo que texto de conteúdo quase idêntico já era previsto no artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

O compromisso de ajustamento de conduta se insere como o instrumento por excelência para ser utilizado pelo Ministério Público em busca de uma solução consensual para o conflito. Em um paradigma de preponderância da resolução extrajudicial dos litígios, em que o inquérito civil deve ser encarado como palco para o desenvolvimento da negociação em busca do consenso, é preciso que o *Parquet* lance mão de instrumentos como o compromisso de ajustamento de conduta, a fim de materializar os acordos firmados. Geisa de Assis Rodrigues também caminha no mesmo sentido:

²⁶⁹ Art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O compromisso de ajustamento de conduta, sendo uma atividade extrajudicial, pode ser incluído como uma modalidade de solução mais adequada para determinados tipos de conflitos nos quais devam ser ponderados vários interesses, principalmente porque nele pode-se vivenciar, com mais desenvoltura, o elemento da retórica. Essa pluralidade de interesses que impõe desafios cruciais à tutela judicial clássica pode ser muito bem percebida em um processo de negociação. A negociação permite uma administração otimizada de conflito em que vários aspectos, na maior parte das vezes de matiz não jurídico, podem ser contemplados para se encontrar a melhor solução. A característica informal da negociação, na qual os passos para se chegar a um bom termo não estão aprioristicamente definidos, contribui para a sua maior adequação. Portanto, a informalidade presente na possibilidade de negociação é altamente compatível com a construção da forma mais efetiva de proteção dos direitos transindividuais²⁷⁰.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, o Compromisso de Ajustamento de Conduta possui a natureza jurídica de ato administrativo negocial, consubstanciado em uma declaração de vontade do órgão público legitimado coincidente com a do particular. Não possuiria natureza contratual, e nem poderia ser considerado como uma transação²⁷¹, pois os órgãos públicos não possuem poder de disponibilidade sobre o direito material coletivo, podendo apenas firmar acordos referentes à maneira como se dará a sua proteção, recomposição, ou ressarcimento, em face dos danos já causados.

Ressalte-se, no entanto, que embora os direitos subjetivos que são objeto do compromisso de ajustamento de conduta tenham a característica de serem indisponíveis, não podendo implicar em renúncia de direitos, questões relativas ao prazo e à maneira

²⁷⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, pp. 114-115.

²⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público**. Revista de Direito Ambiental. Ano 11. Nº 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 104-105. Geisa de Assis Rodrigues, de forma similar, entende que o compromisso de ajustamento de conduta “é um negócio da Administração que também tem natureza de equivalente jurisdicional, por ser um meio alternativo de solução de conflito. Podemos concluir que o ajustamento de conduta é um acordo, um negócio jurídico bilateral, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais” (RODRIGUES, Geisa de Assis, ob. cit., p. 138). Em sentido contrário, entendendo que o compromisso de ajustamento de conduta possui a natureza jurídica de transação, embora sujeita a algumas limitações de ordem legal em face da natureza do bem jurídico tutelado, cf. BUGALHO, Nelson R. **Instrumentos de Controle Extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental. Ano 10. Nº 37. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 107 e FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 85. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, a sua natureza seria de “ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 222).

de adequação da conduta poderão ser objeto de negociação. Conforme bem destacado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Bianca Oliveira de Farias:

pequenas concessões relativas à forma e ao prazo para cumprimento das obrigações fixadas no termo, parecem-nos perfeitamente possíveis, posto que não implicam em transação acerca do direito material controvertido, mas em pequenos benefícios que, não só em nada comprometem a indisponibilidade do direito em questão, como ainda viabilizam a formação do ajuste e, conseqüentemente, a reparação dos danos ocorridos e a tutela do interesse coletivo. Igualmente, em situações nas quais é impossível o retorno ao estado anterior ao processo (estado do bem antes da ocorrência da lesão), será necessário buscar uma solução alternativa, algo como o “resultado prático equivalente”, previsto no artigo 461, § 5º, do CPC. Nesses casos, é inegável que haverá certa dose de discricionariedade na busca e na escolha de tal alternativa, o que levará à negociação de cláusulas específicas e questões concretas quanto ao adimplemento das obrigações pactuadas²⁷².

A celebração de compromisso de ajustamento de conduta por um dos órgãos públicos legitimados impede a propositura de ação civil pública, ou mesmo a celebração de outro termo de ajustamento de conduta, acerca dos mesmos fatos, se o bem jurídico coletivo houver sido adequadamente tutelado por meio do acordo firmado.

No entanto, caso houver alguma nuance do direito coletivo ainda passível de proteção e tutela, ou caso o acordo firmado não tenha sido adequado ou suficiente, poderá ser proposta ação civil pública ou celebrado outro compromisso de ajustamento de conduta, visando a adequada e efetiva proteção do referido bem jurídico²⁷³, desde que o compromisso de ajustamento anterior tenha sido previamente desconstituído.

Assim, a celebração de novo Compromisso, ou a propositura de Ação Civil Pública em matéria já tutelada por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta depende de pedido preliminar de invalidação do compromisso anterior. Caso não se

²⁷² PINHO, Humberto Dalla Bernardina. FARIAS, Bianca Oliveira de. **O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei da ação civil pública**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume IV. Ano 3. Rio de Janeiro: julho a dezembro de 2009, p. 47.

²⁷³ Nesse sentido: FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 93. O mesmo autor, no entanto, levanta hipótese em que seria possível a celebração de vários compromissos de ajustamento sobre o mesmo fato: “Todavia, na hipótese de serem celebrados vários compromissos de ajustamento a respeito do mesmo fato, deve prevalecer o que for mais benéfico à comunidade, vale dizer, o que represente o maior benefício à proteção dos direitos supraindividuais. Na defesa do consumidor, por exemplo, se vários órgão públicos legitimados celebrarem termos de ajustamento de conduta a respeito do mesmo assunto, prevalecerá aquele que for mais benéfico ao consumidor. O Decreto n. 2.181, de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), adota esse entendimento, a saber: ‘A celebração de termo de ajustamento de conduta não impede que outro, desde que mais vantajoso para o consumidor, seja lavrado por quaisquer das pessoas jurídicas de direito público integrantes do SNDC’” (ibidem).

busque a prévia invalidação do título, faltarão ao autor interesse de agir, uma vez que a questão já foi objeto de tutela no âmbito extrajudicial, sendo que o título possui presunção de adequação e legitimidade na proteção dos direitos subjetivos coletivos, até que seja invalidado. Assim, conforme leciona Gavronski,

Não basta pedir algo diferente do que consta no compromisso para ver assegurado o interesse de agir, devendo o legitimado que pretender discutir a mesma questão em juízo necessariamente questionar a validade ou proporcionalidade da solução nele contemplada (por exemplo, para reduzir o prazo nela fixado, sustentando ser desproporcionalmente dilatado), ou seja, a respectiva correção. O interesse de agir estará, assim, necessariamente condicionado ao questionamento judicial do compromisso, assim como ao enfrentamento fundamentado da incorreção da solução nele contemplada e consequente pedido de outra²⁷⁴.

Geisa de Assis Rodrigues ressalta, no entanto, em interessante pesquisa de campo realizada sobre o tema, que são raras as hipóteses em que o compromisso de ajustamento de conduta firmado é objeto de algum tipo de impugnação, tanto judicial quanto extrajudicial. Segundo a autora, em 94,3% dos casos analisados os compromissos firmados não foram objeto de qualquer impugnação²⁷⁵.

Surge, por vezes, no entanto, uma situação paradoxal na formalização dos compromissos de ajustamento de conduta, principalmente na esfera ambiental. A maioria das condutas lesivas ao meio ambiente, mesmo as mais ínfimas, constituem crime ambiental, segundo a legislação brasileira. E a independência de esferas punitivas, aliada ao princípio da obrigatoriedade, acabam levando o mesmo membro do Ministério Público que conseguiu formalizar um acordo, através de árduo processo de negociação, a imediatamente oferecer denúncia, no âmbito criminal, pelos mesmos fatos.

²⁷⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 407. José dos Santos Carvalho Filho ressalta ainda que “pode ocorrer, no entanto, que, apesar de firmado o compromisso de ajustamento perante determinado órgão público, outro órgão, desconhecendo-o, proponha a ação. Se tal ocorrer, deve o réu, após citado, suscitar na contestação preliminar de falta de condição de ação relativa ao interesse de agir, ou, na linguagem do Código de Processo Civil, carência de ação (art. 301, X), oferecendo cópia do termo de compromisso devidamente visado pelo órgão público. Constatando o fato, o juiz, reconhecendo a carência da ação, deverá decretar a extinção do processo sem resolução do mérito, a teor do art. 267, VI, do C.P. Civil” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 234).

²⁷⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 268.

Tal situação gera grande desconforto e constitui entrave à conclusão das negociações, que buscam alcançar o objetivo principal da recuperação do dano ambiental. Essa maneira de proceder também se encontra em descompasso com a visão de que o direito penal deve ser encarado como *ultima ratio*, somente sendo utilizado quando as outras esferas (cível e administrativa) não houverem sido suficientes para debelar o conflito ou o dano ao bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, alguns autores, como Édís Milaré, vem defendendo que a formalização do Compromisso de Ajustamento de Conduta deve ser considerado uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, ou mesmo de ausência de justa causa pela adequação social da conduta. Segundo Milaré,

De qualquer modo, não se pode perder de vista que a formalização do acordo antecipa a satisfação do interesse difuso lesado, solução melhor que aguardar a longa tramitação do processo penal ou civil. Com efeito, ela restabelece, desde logo, a paz social e, com isso, garante a celeridade e a eficácia do Direito e da Justiça. Daí porque é possível justificar-se, juridicamente, o não-ajuizamento da ação penal, com vistas a assegurar a atmosfera de equilíbrio e serenidade que deve prevalecer durante as negociações para o TAC e, posteriormente, perdurar ao longo de seu prazo de cumprimento. Mais que isso, e independentemente de qualquer alteração legislativa, os direitos fundamentais – à liberdade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – devem ser privilegiados sobre o princípio da obrigatoriedade, que, na melhor doutrina, já vem cedendo lugar à oportunidade regrada²⁷⁶.

Concordamos com o posicionamento de Edis Milaré, que se insere no paradigma da resolução extrajudicial dos litígios, tendo como mote a máxima proteção dos direitos subjetivos coletivos, ao invés da pura e simples imposição da punição estatal. No entanto, para evitar uma “proteção deficiente ou insuficiente” do bem jurídico tutelado, é preciso que se aguarde o integral cumprimento do compromisso firmado, antes que se conclua pela incidência de alguma causa excludente da ilicitude ou da antijuridicidade

²⁷⁶ MILARÉ, Edis. **O Compromisso de Ajustamento de Conduta e a Responsabilidade Penal Ambiental**. In O Novo Processo Civil Coletivo. Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcelo Abelha Rodrigues (coords.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 105. O entendimento aqui defendido, embora ainda minoritário, começa a encontrar eco na jurisprudência pátria, conforme se observa no julgado a seguir: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. EXISTÊNCIA DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. A assinatura do Termo de Compromisso de Ajustamento da Conduta Ambiental (TAC) junto aos órgãos competentes antes de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público obsta a propositura da mesma, ante a ausência de justa causa para a instauração da respectiva ação penal, sobretudo diante da existência de documentos que comprovam o integral cumprimento do acordo firmado. 2. Recurso não provido. (TJMG; RSE 1570568-51.2009.8.13.0183; Conselheiro Lafaiete; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos; Julg. 25/01/2011; DJEMG 14/02/2011)

da conduta. Nesse sentido, seria possível o ajuizamento da ação penal até a ocorrência do prazo prescricional. *De lege ferenda*, seria interessante a modificação legislativa estabelecendo a celebração de compromisso de ajustamento de conduta como causa de suspensão do prazo prescricional, no direito penal.

Finalmente, quando firmado pelo membro do Ministério Público, o referido compromisso deve ser submetido à homologação do Conselho Superior do Ministério Público²⁷⁷, embora possua eficácia desde o momento em que celebrado ou de acordo com o que for estipulado entre as partes²⁷⁸.

O compromisso de ajustamento de conduta constitui-se em uma solução alternativa para a solução dos conflitos envolvendo direitos coletivos, no âmbito extrajudicial. A efetividade do compromisso acordado, no entanto, está diretamente relacionada ao estabelecimento de rotinas democratizantes em sua celebração, por meio da discussão e negociação. As soluções advindas de um processo de negociação em que a sociedade também se considera partícipe tendem a atingir um grau de eficácia muito maior em seu cumprimento²⁷⁹. Essa afirmação apoia-se, ainda, no estudo de campo realizado por Geisa de Assis Rodrigues, já citado anteriormente:

Os dados obtidos na pesquisa revelam que o instituto de ajustamento de conduta tem um grande potencial para conferir solução efetiva às demandas de natureza transindividual. Apenas 17% dos ajustes celebrados não foram plenamente atendidos. Como é voluntária a adesão ao ajuste, o seu cumprimento espontâneo é mais natural do que o de uma decisão imposta, evitando as dificuldades do processo de cognição e de execução desse tipo de lide²⁸⁰.

²⁷⁷ “O arquivamento implícito do inquérito civil pode ocorrer com a superveniência de compromisso de ajustamento de conduta, que teria o condão de encerrar o inquérito. Para evitar que isso aconteça, exige-se que o compromisso de ajustamento também seja submetido à apreciação do Conselho Superior. Na verdade, não tendo gerado a instauração de ação coletiva, o inquérito civil deve ele ser remetido à instância superior do Ministério Público para reexame” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 241).

²⁷⁸ Segundo Geisa de Assis Rodrigues, “na prática, logo após a celebração do ajuste as suas medidas começam a surtir efeito e é ideal que assim o seja, porque a delonga natural para a apreciação da deliberação em ajustar pelo Conselho Superior poderia importar em comprometimento do objetivo do ajuste. A burocratização excessiva da atividade de composição de litígios é absolutamente contraproducente, e insensível aos valores cuja proteção é reclamada no ajuste” (**Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 186).

²⁷⁹ SANTOS, Jerônimo Jesus dos. **Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica RJ, 2006, p. 38.

²⁸⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis, ob. cit., p. 262.

3.3 O arquivamento do inquérito civil

Além de embasar a propositura de ação civil pública, ou a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, o inquérito civil poderá ser arquivado se, esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva (art. 52 do Projeto de Lei nº 5.139/09).

O ato de arquivamento deverá ser fundamentado e submetido ao Conselho Superior do Ministério Público. O prazo atual para o envio do inquérito civil, acompanhado da promoção de arquivamento, é de 03 (três) dias, sob pena de incorrer o membro do Ministério Público em falta grave (art. 9º, § 1º, da Lei 7.347/85).

O arquivamento do inquérito civil, no entanto, é um ato decisório interno do Ministério Público, não vinculando os demais legitimados, que poderão ajuizar ações coletivas sobre os mesmos fatos objeto de arquivamento pelo *Parquet*, ou celebrar compromisso de ajustamento de conduta, tratando-se de órgãos públicos legitimados²⁸¹.

Caso o Conselho Superior do Ministério Público deixe de homologar a promoção de arquivamento, deverá ser designado outro membro do Ministério Público para promoção de diligências²⁸² ou propositura de ação civil pública. O ato de designação, no entanto, é atribuição do Procurador-Geral de Justiça, e não do Conselho Superior, consoante dispõe o artigo 10 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)²⁸³.

Ressalte-se que mesmo que o Procurador-Geral de Justiça, membro nato do Conselho Superior do Ministério Público, for vencido na votação que rejeitou o arquivamento do inquérito civil, ele será obrigado a indicar outro órgão do Ministério Público para a propositura da ação, tendo em vista que seu ato é vinculado à decisão

²⁸¹ Nesse sentido se manifesta Motaui Ciocchetti de Souza: “[...] ainda que o Conselho Superior do Ministério Público venha a homologar o arquivamento do inquérito civil, o fato não inviabilizará a propositura de ação civil pública por qualquer dos demais legitimados ativos, por força do disposto no art. 5º, XXXV, da CF, os quais, inclusive, poderão requerer cópias do inquisitivo ao Ministério Público, nos termos do art. 8º, *caput*, da LACP” (SOUZA, Motaui Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133).

²⁸² Segundo Ferraresi, caso o Conselho Superior deixe de homologar a promoção de arquivamento sob o argumento de que ainda restam diligências a ser realizadas, ele deverá indicar de forma expressa quais seriam essas diligências (FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50).

²⁸³ “Art. 10. Compete ao Procurador Geral de Justiça: [...] IX – designar membros do Ministério Público para: [...] d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não-confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informação”.

oriunda do Conselho Superior. O promotor de justiça designado, igualmente, também é obrigado a promover a ação, tendo em vista que age como *longa manus* do Conselho Superior (responsável pela decisão), e não do Procurador-Geral (que apenas o designou)²⁸⁴.

Dispõe o artigo 9º da Lei 7.347/85 que também as peças de informação deverão ser objeto de controle de arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público. No entanto, o artigo 5º da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe que a representação oferecida ao membro do Ministério Público poderá ser arquivada de plano, indeferindo-se a instauração do inquérito civil, se os fatos narrados não configurarem lesão a direitos indisponíveis ou coletivos, se a situação já se encontrar solucionada, ou se houver sido proposta ação civil pública a respeito. Apenas se exige a intimação daquele que ofereceu a representação para que possa lhe oportunizar a possibilidade de interpor recurso de tal decisão perante o Conselho Superior.

Ocorre que a referida resolução dispõe que na hipótese de não apresentação de recurso, os autos serão arquivados na própria promotoria de justiça de origem, sem que seja necessária a remessa ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 5º, § 4º).

Diante do aparente conflito entre a Lei de Ação Civil Pública e a Resolução, poder-se-ia interpretar os dispositivos no sentido de que somente seria possível o arquivamento da representação na própria promotoria de justiça caso ela estivesse desacompanhada de peças de informação. Caso contrário, deveria ser aplicado o dispositivo que determina a remessa das peças de informação arquivadas, para o controle do Conselho Superior do Ministério Público.

Não obstante a disposição legal expressa, não se reputa razoável submeter ao Conselho Superior todas as peças de informação recebidas pelo membro do Ministério Público. Isso porque muitos desses documentos tratam por vezes de assuntos banais, ou que de plano não apresentam indicação de conduta ilícita, lesão ou ameaça de lesão a

²⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 240. Interessante é a observação de Motauci Ciochetti de Souza, ao nos lembrar que o Procurador-Geral de Justiça também é órgão de execução do Ministério Público e, vindo a arquivar o inquérito civil, sua decisão estará igualmente sujeita a reexame pelo Conselho Superior. Desse modo, “caso o Conselho Superior rejeite a promoção de arquivamento levada a termo pelo procurador-geral, ao substituto automático deste estará afeto o mister de propor a ação civil pública” (SOUZA, Motauci Ciochetti de, ob. cit., pp. 131-132).

direitos indisponíveis ou coletivos. Inundar o Conselho Superior com a análise de peças de informação dessa natureza inviabilizaria o importante trabalho desse órgão superior em sua função de controle. O promotor de justiça deverá, no entanto, fundamentar sua promoção de arquivamento interno, a fim de sujeitar tal ato posteriormente, e caso necessário, ao controle dos órgãos superiores do Ministério Público, tal como a Corregedoria, ou mesmo o próprio Conselho Superior.

3.4 Desarquivamento do inquérito civil e necessidade de prova nova

Existem na doutrina duas posições acerca do desarquivamento (ou reabertura) do inquérito civil: a) a que somente admite a reabertura com base em provas novas, tal como ocorre com o inquérito policial; b) a que admite o desarquivamento, independente da obtenção de novas provas.

A primeira posição é defendida com veemência por Eurico Ferraresi:

Arquivado o inquérito civil, somente poderá ser desarquivado quando presentes *novas provas* ou diante da necessidade de *investigar fato novo relevante*. Nos dois casos, será possível o desarquivamento, desde que não tenha transcorrido o *prazo máximo de seis meses* após o arquivamento.

Passado o prazo de seis meses, se surgirem *novas provas* ou se houver necessidade de *investigar fato novo relevante*, deve-se instaurar novo inquérito civil. Trata-se da regra prevista no art. 12 da Resolução n. 23 do CNMP. [...]

Sustentar que a mera mudança de opinião do Promotor de Justiça ou sua substituição por outro autorizaria novas investigações em inquérito civil é trazer insegurança jurídica. Medidas dessa linha são típicas de um Estado autoritário. O Estado, representado pelo Ministério Público, teve a sua oportunidade para investigar. Se assim o fez e concluiu pelo arquivamento, não pode, simplesmente em virtude da mudança de convicção, submeter o investigado a novo constrangimento. A assertiva de que não há constrangimento em ser investigado em inquérito civil não se mostra adequada²⁸⁵.

Não obstante os argumentos levantados, não se pode equiparar a sistemática do inquérito civil à adotada para o inquérito policial, em razão das peculiaridades dos

²⁸⁵ FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 55-56. No mesmo sentido: SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 310-302.

direitos coletivos (*lato sensu*)²⁸⁶. Além de não lidar com o direito de liberdade do investigado (o que, em tese, poderia justificar um maior rigor na reabertura das investigações), é inegável o interesse da sociedade em ver exaurido o procedimento investigativo em defesa dos direitos coletivos²⁸⁷.

Ademais, a mesma investigação poderia ser promovida por qualquer um dos legitimados, independente do arquivamento dos autos do inquérito civil pelo Ministério Público. Não seria razoável submeter a reabertura do inquérito civil à existência de novas provas. Até porque, nesse caso, deve ser plenamente aplicável o princípio da independência funcional, de modo que é perfeitamente possível que outro membro do Ministério Público discorde, de forma fundamentada, do arquivamento anteriormente efetuado. Por conseguinte, deve ser admitida a reabertura das investigações promovidas por meio do inquérito civil, independente da existência de novas provas.

²⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 243.

²⁸⁷ DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 297.

CONCLUSÕES

1. O conceito de direito subjetivo constitui uma das principais chaves de nosso pensamento jurídico. A adequada compreensão de sua estrutura é imprescindível para o desenvolvimento da Ciência Jurídica, e para a aplicação do direito. Não obstante, tal conceito é diuturnamente utilizado sem uma preocupação séria em especificar sob qual marco teórico ele é concebido.
2. As teorias clássicas que buscam estabelecer o conceito de direito subjetivo controvertem acerca de qual seria o seu elemento principal. Windscheid propõe que a vontade é o elemento preponderante. Discordando de tal posicionamento, Ihering sustenta a supremacia do interesse. Buscando conciliar as duas correntes, surgiram as teorias mistas ou ecléticas, que advogavam a importância dos dois elementos, colocando a preponderância ora em um, ora em outro.
3. As teorias clássicas possuem, no entanto, uma visão individualista dos direitos, finalizados em si mesmos, incompatível com a concepção contemporânea, segundo a qual o interesse do indivíduo deve ser necessariamente conjugado com o interesse da coletividade.
4. Os direitos subjetivos, portanto, devem atender sua função social, e só podem ser exercidos nos limites traçados pelo ordenamento jurídico.
5. Com base na doutrina de Fernando Noronha, podemos estabelecer três categorias de direitos subjetivos: os direitos subjetivos prestação; os direitos subjetivos potestativos; e os direitos subjetivos deveres.
6. Os direitos subjetivos típicos, ou direitos-prestação, constituem prerrogativas atribuídas pelo ordenamento jurídico a um determinado sujeito, garantindo-lhe o poder de exigir de outrem a adoção de um comportamento, visando a realização de seus próprios interesses.
7. Os direitos subjetivos potestativos são aqueles que permitem ao seu titular, por simples manifestação de vontade e sem a necessidade do concurso de outrem, modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, de seu interesse.

8. Os direitos subjetivos deveres consistem em um plexo de competências atribuídas a um determinado sujeito, que devem ser cumpridas segundo as finalidades traçadas pelo ordenamento jurídico.

9. Com base no exercício dos direitos subjetivos deveres, os agentes legitimados pelo ordenamento jurídico buscam a satisfação dos direitos da coletividade, ou seja, do direito subjetivo coletivo.

10. De fato, além dos direitos subjetivos individuais, é inegável a existência dos direitos subjetivos coletivos, que não possuem titulares individuais determinados, sendo que a titularidade de tais direitos é assumida pela coletividade.

11. A superação das teorias clássicas, de cunho individualista, impõe a adoção de um conceito de direito subjetivo que cumpra sua função social, e seja consentâneo com os interesses da coletividade. Desse modo, com apoio nas lições de Pietro Perlingieri e Menezes Cordeiro, adotamos nessa pesquisa o conceito de direito subjetivo formulado por Hermes Zaneti Jr., segundo o qual o direito subjetivo é “uma posição jurídica complexa, uma especial situação que se encontra o sujeito de direitos em face do ordenamento jurídico como um todo. A qual configura, a um só tempo, direitos e deveres, comportamentos ativos e abstenções, indicando um rumo a ser seguido”²⁸⁸.

12. O direito subjetivo, por si só, de nada vale sem a possibilidade da utilização do processo para sua garantia, na hipótese de sofrer ameaça ou lesão. Por outro lado, também o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo. Ele está necessariamente ligado a seu objeto, o direito material. A existência do instrumento desvinculada do objeto é vazia e inútil.

13. O Ministério Público foi concebido pelo constituinte como a principal instituição responsável pela promoção e defesa dos direitos subjetivos de natureza individual indisponível e coletiva.

14. Para o cumprimento dessa missão, dispõe o *Parquet* de um poderoso instrumento: o inquérito civil. Trata-se de procedimento de natureza administrativa, de uso exclusivo pelo Ministério Público, que visa facilitar a coleta de dados e elementos, a fim de fornecer subsídios para sua atuação extrajudicial e judicial.

²⁸⁸ ZANETI JR. Hermes. **Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo**. in O Novo Processo Civil Coletivo. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 145.

15. Sendo o inquérito civil o instrumento outorgado ao Ministério Público pela Constituição Federal para o cumprimento de suas atribuições, pode-se concluir que seu objeto incide exatamente sobre os direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos.

16. A origem histórica do Ministério Público é um tema que gera controvérsias. Costuma-se apontar os *magiaí*, funcionários reais do Antigo Egito, ou os éforos, funcionários de Esparta que acumulavam funções de acusadores e juízes, como os primeiros representantes dessa instituição. A posição mais aceita, contudo, é a que indica a origem do Ministério Público na França, através da atuação dos procuradores do rei.

17. No Brasil, a atuação do Ministério Público no período pré-democrático teve forte conteúdo corporativo e pragmático, baseado na aproximação com o Poder Executivo, e na conquista de poderes e espaços institucionais através de lobbies.

18. No entanto, com o advento da Carta Constitucional de 1988, a instituição amadureceu, teve seus poderes ampliados, e sua função direcionada para a defesa da sociedade e do regime democrático.

19. A soma de um conjunto de fatores - atribuições relacionadas à defesa da sociedade e da democracia; atuação destemida e voluntariosa de seus membros; existência de instrumentos eficazes para o exercício de suas atribuições - transforma os membros do Ministério Público em agentes políticos de grande importância no Estado Brasileiro.

20. A fim de atingir uma maior efetividade em sua atuação, é necessário que o Ministério Público se desenvolva mais decisivamente como uma instituição resolutiva, no ambiente extrajudicial, e não como agente demandista. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é aquele que atua perante o Poder Judiciário, propondo demandas que na maioria das vezes demoram anos para serem julgadas, sem grande efetividade. O Ministério Público resolutivo é aquele que busca enfrentar o problema no âmbito extrajudicial, em regime de cooperação com a sociedade civil e os agentes infratores envolvidos, servindo como pacificador da conflituosidade social.

21. O ambiente propício para o desenvolvimento desse debate democrático é o inquérito civil, instrumento garantido pela Constituição Federal para que o Ministério

Público desenvolva suas atribuições de maneira oficial, servindo como suporte para a realização de audiências públicas, expedição de recomendações, elaboração de análises técnicas e, eventualmente, como embasamento de ações judiciais, quando todas as alternativas extrajudiciais de resolução do problema tenham se mostrado inócuas.

22. A atuação extrajudicial de um Ministério Público resolutivo deve, no entanto, passar por um crivo de legitimação social, firmado através do efetivo contato do Ministério Público com a sociedade civil, a fim de diagnosticar problemas e buscar soluções, de forma cooperativa.

23. Podemos afirmar que o Ministério Público é uma *Instituição de Garantia Secundária*, nos moldes da classificação proposta por Ferrajoli, pois compete a ele o exercício de função de garantia secundária – atuar em defesa das garantias primárias relacionadas aos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos.

24. Em sua atuação, deve o membro do Ministério Público buscar a legitimação de sua atuação através do contato com a sociedade civil, sem, no entanto, olvidar as diretrizes traçadas pelo Plano de Metas da Instituição. A atuação ministerial deve ser o resultado da conjugação entre os reclamos sociais e os objetivos constantes no Plano de Metas.

25. O princípio da independência funcional não pode ser invocado para justificar o descumprimento do Plano de Metas da instituição.

26. No campo da tutela coletiva, vige o princípio da oportunidade da atuação do Ministério Público.

27. O exercício legítimo do poder estatal pressupõe a existência de normas que estabeleçam um procedimento de atuação concreta do poder.

28. O procedimento de atuação do poder estatal não necessita obedecer, necessariamente, o princípio do contraditório.

29. A adoção do princípio do contraditório no âmbito do procedimento administrativo, embora não obrigatória, lhe garante uma característica marcante que o diferencia dos demais procedimentos estatais. E o diferencia tanto que ele passa a ser considerado uma nova espécie dentro do gênero procedimento, denominada processo.

30. O contraditório, consubstanciado no direito/dever processual de debate, é o núcleo essencial do conceito de processo sendo responsável por distingui-lo como uma espécie do gênero procedimento. Nesse sentido, podemos definir o processo como “um procedimento animado pelo contraditório”.

31. O inquérito civil possui a natureza jurídica de procedimento administrativo. Por conseguinte, não é obrigatória a adoção do princípio do contraditório em seu âmbito.

32. Não obstante, é altamente recomendável que o presidente do inquérito civil adote o princípio do contraditório em seu curso, quando não houver prejuízo para as investigações. Tal medida potencializa a legitimidade do procedimento, e pode ter implicações benéficas inclusive no momento da valoração em juízo do material probatório coletado, caso seja necessário o ajuizamento de demanda judicial.

33. Embora seja recomendável a adoção do princípio do contraditório no curso das investigações realizadas no inquérito civil, sua inobservância não retira o valor probatório dos elementos de prova coligidos, que deverão ainda assim ser objeto de análise pelo juiz, a quem caberá sopesá-los, de forma fundamentada, com a contraprova oferecida pela parte contrária.

34. Existe uma tendência à processualização dos procedimentos administrativos, com a adoção do princípio do contraditório em seu âmbito, como forma de garantia de maior legitimidade ao exercício do poder estatal, através do debate democrático.

35. O princípio da publicidade deve ser adotado como regra no inquérito civil, devendo ser decretado o sigilo somente nas hipóteses em que seja evidenciado o interesse público ou para assegurar a efetividade das investigações, mediante decisão fundamentada de seu presidente.

36. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal somente é aplicável a procedimentos de natureza penal, não se aplicando ao inquérito civil.

37. Existe uma tendência para que a resolução dos conflitos seja buscada de forma consensual e negociada, de modo que a judicialização dos litígios passa a ser encarada como *ultima ratio*. Tal tendência deve ser estimulada desde a formação dos juristas, com a criação de disciplinas específicas nas Faculdades de Direito que tratem dos métodos extrajudiciais de resolução das controvérsias.

38. A exigência de um grau cada vez mais acentuado de observância do princípio do contraditório no inquérito civil – o que leva à sua processualização – é um pressuposto não somente para garantir um maior valor probatório em juízo dos elementos de prova ali coligidos. Muito mais do que isso, o contraditório permitirá uma maior legitimidade na utilização desse instrumento, propiciando o ambiente ideal para a construção do consenso entre as partes através do debate e da negociação, a fim de resolver a questão sem a necessidade de ser acionado o Poder Judiciário.

39. Sendo o inquérito civil o principal instrumento mediante o qual o Ministério Público concretiza o exercício de seus direitos subjetivos deveres, é importante o estudo de sua dinâmica procedimental, que pode ser dividida basicamente em três fases: instauração, instrução e conclusão.

40. A instauração do inquérito civil é um ato facultativo do membro do Ministério Público, que deve ser formalizado mediante portaria, podendo ser de ofício; mediante provocação ou representação; ou por determinação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público ou dos demais órgãos superiores da instituição.

41. A atribuição para instauração do inquérito civil segue a regra geral de que cabe ao mesmo órgão do Ministério Público que possui atribuição para propor a ação civil pública, a atribuição para a instauração do inquérito civil.

42. O objetivo de propiciar uma proteção adequada ao direito subjetivo coletivo ou individual indisponível deve prevalecer sobre discussões envolvendo atribuições entre os membros do Ministério Público, mesmo se pertencentes a ramos diversos (Federal, Estadual, etc.). Por conseguinte, caberá a adoção das medidas judiciais ou extrajudiciais ao membro do Ministério Público que se encontrar em condições mais adequadas para buscar a solução do problema.

43. O ato de instauração do inquérito civil deve ser fundamentado, delimitando-se o seu objeto, a fim de possibilitar o controle da legalidade/legitimidade desse ato.

44. O membro do Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo preliminar, como forma de realizar uma investigação sumária, antes mesmo da instauração do inquérito civil. No entanto, deve ser rejeitada a prática usual de se

instaurar procedimentos administrativos preliminares de cunho definitivo, nos quais são realizados todos os atos de investigação próprios de um inquérito civil.

45. O Poder Judiciário somente deve atuar no controle da instauração do inquérito civil em hipóteses realmente graves de desvio de finalidade, sob pena de interferência indevida nas atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente – o que pode acarretar, inclusive, a ausência de proteção, ou proteção deficiente, de importantes direitos subjetivos coletivos.

46. Para instrução do inquérito civil, dispõe o membro do Ministério Público de uma série de deveres-poderes. Inserem-se na categoria de direitos subjetivos deveres, concedidos não em benefício de seu titular, mas como instrumento para se atingir uma finalidade preestabelecida pelo ordenamento jurídico.

47. Dentre os deveres-poderes passíveis de serem exercidos pelo membro do Ministério Público, visando a instrução do inquérito civil, podemos elencar: dever-poder de requisição, dever-poder de notificação, dever-poder de inspeção, dever-poder de recomendação e dever-poder de realização de audiências públicas, dentre outros.

48. Existe uma série de medidas judiciais passíveis de serem adotadas no curso do inquérito civil, objetivando desde sua instrução, até seu trancamento.

49. É possível a utilização dos deveres-poderes pelo membro do Ministério Público no curso da demanda judicial, visando instruí-la.

50. As investigações realizadas por meio do inquérito civil devem ser concluídas em um prazo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), cabendo ao órgão ministerial evitar formalismos desnecessários e imprimir o máximo de celeridade possível ao procedimento.

51. Após o encerramento das investigações realizadas no inquérito civil, abrem-se ao membro do Ministério Público, basicamente, três alternativas: a) ajuizamento de demanda judicial; b) formalização de termo de ajustamento de conduta; c) arquivamento do inquérito civil.

52. O ajuizamento de demanda judicial deve ser a última das medidas a serem adotadas pelo membro do Ministério Público, uma vez que as soluções extrajudiciais tendem ser mais céleres e efetivas.

53. O compromisso de ajustamento de conduta constitui-se em uma solução alternativa para a solução dos conflitos envolvendo direitos coletivos, no âmbito extrajudicial. A efetividade do compromisso acordado, no entanto, está diretamente relacionada ao estabelecimento de rotinas democratizantes em sua celebração, por meio da discussão e negociação.

54. O compromisso de ajustamento de conduta possui a natureza jurídica de ato administrativo negocial. Embora não possa ser considerado uma transação, pois os órgãos públicos não possuem poder de disponibilidade sobre o direito material coletivo, é possível de serem negociados fatores relacionados ao tempo e ao modo de adequação da conduta às exigências legais.

55. A celebração do compromisso de ajustamento de conduta pode ser considerada uma causa supralegal de exclusão da ilicitude, ou mesmo configurar ausência de justa causa pela adequação social da conduta. No entanto, para evitar uma “proteção deficiente ou insuficiente” do bem jurídico tutelado, é preciso que se aguarde o integral cumprimento do compromisso firmado, o que possibilitaria o ajuizamento da ação penal até a ocorrência do prazo prescricional.

56. *De lege ferenda*, seria interessante a modificação legislativa estabelecendo a celebração de compromisso de ajustamento de conduta como causa de suspensão do prazo prescricional, no direito penal.

57. Deve ser readmitida a reabertura motivada de inquérito civil anteriormente arquivado, independente da existência de novas provas.

58. Através do inquérito civil, o Ministério Público atua visando garantir a efetividade dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos. Para sua máxima eficácia, no entanto, é preciso que esse instrumento seja cada vez mais “processualizado”, com a adoção do princípio do contraditório, quando tal postura não representar prejuízo para o bom andamento das investigações.

59. O inquérito civil é o instrumento mais adequado, no atual contexto normativo, para que o Ministério Público possa exercer de maneira responsável suas atribuições, como instituição de garantia dos direitos subjetivos individuais indisponíveis e coletivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5ª ed. alemã de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social**. In Temas atuais do Ministério Público: A atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. CHAVES, Cristiano et al. (coord.). 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ALVIM, Arruda. **O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil**. In A Ação Civil Pública após 25 anos. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Prova pericial**. In A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. Série Justiça. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos**. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA. Osório; MEDEIROS. Sérgio Monteiro. **A recomendação como instrumento de atuação do Ministério Público da União** in O Flávio Paixão Moura Jr. et al. (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização**. Tese, concurso para professor titular de direito processual civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BUGALHO, Nelson R. **Instrumentos de Controle Extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente.** Revista de Direito Ambiental. Ano 10. Nº 37. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CADIET, Loïc. **La légalité procédurale em matière civile.** In Revista de Processo. Ano 33. n. 161. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2008.

_____. NORMAND, Jacques. MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès.** Paris: PUF, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição e défice procedimental.** In Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça.** Revista de Processo, n. 74, abr./jun., 1994.

_____. **Processo, ideologias e sociedade.** Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo.** 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública.** 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CÉSAR, João Batista Martins. **Tutela Coletiva: Inquérito Civil – Poderes Investigatórios do Ministério Público – Enfoques Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2005.

CHEQUER, Cláudio. **O Ministério Público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

COURA, Alexandre de Castro. AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Igualdade, inclusão e a inexorável (re)construção da identidade do sujeito constitucional**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), nº 08, 2010.

_____. SOUSA, Pedro Ivo. **Controle judicial de políticas públicas**. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf. Acesso em 27 de dezembro de 2011.

DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 2008.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Miguel Calmon. **O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão; Fredie Didier Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6 ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Escopos políticos do processo**. In Participação e Processo. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

_____. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8ª ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 1 – Teoria del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007.

_____. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. v. 2 – Teoria della democrazia. 2 ed. Roma: Editori Laterza, 2009.

_____. **Dodici questioni intorno a Principia iuris**. *in* Diritto e Democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli. A cura di Stefano Anastasia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

FERRARA, Alessandro. **Democrazia costituzionale e blindatura strutturale nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli**. *In* Diritto e Democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli. A cura di Stefano Anastasia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O Ministério Público e o Princípio da Não-Obrigatoriedade da Ação Coletiva**. *In* Temas atuais do Ministério Público: A atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Cristiano Chaves et al. (coord.). 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **Carga valorativa da prova produzida no inquérito civil**. *In* Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. Alberto Camiña Moreira et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

FINK, Daniel Roberto. **Ações coletivas ambientais. Prova pericial. Ônus e honorários periciais: críticas e propostas**. *In* A Ação Civil Pública após 25 anos. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. **Arbitrato: titolo VIII libro IV código di procedura civile – artt. 806-840**. 2 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2007.

FRENI, Federico. DE LUCA, Francesco. **Effettività della tutela e giusto processo amministrativo**. Roma: Giuridica Editrice, 2011.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Derechos subjetivos y derechos colectivos: similitudes y diferencias**. Lecciones y Ensaíos. n. 80. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho – Dep. de Publicaciones, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. In Participação e Processo. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças**. In Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 2. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JEULAND, Emmanuel. **Regulation et théorie générale du procès**. in Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão; Fredie Didier Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007.

JEVEAUX, Geovane Cardoso. **As relações entre o direito material e o direito processual**. In Questões processuais do novo código civil. Rodrigo Mazzei (coord.). Barueri: Minha Editora; Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KERCHE, Fábio. **Virtude e Limites: Autonomia e Atribuições do Ministério Público no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 2 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: LTr, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva**. In *A Ação Civil Pública após 25 anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile: principi**. 7ª ed. A cura di Vittorio Colesanti et alt. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. V. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LUCHI, José Pedro. **A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado**. In *Linguagem e socialidade*. Vitória: EDUFES, 2005.

_____. **Para uma teoria deliberativa da democracia**. Texto cedido pelo autor aos alunos da disciplina Processo, Justiça e Ética do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, no primeiro semestre de 2010, p. 06.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público.** Revista de Direito Ambiental. Ano 11. Nº 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil.** 3ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

MILARÉ, Edis. **O Compromisso de Ajustamento de Conduta e a Responsabilidade Penal Ambiental.** In O Novo Processo Civil Coletivo. Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcelo Abelha Rodrigues (coords.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14).

MONTEIRO, Vitor José de Mello. **O princípio constitucional do contraditório e a concessão de liminares *inaudita altera parte*.** In Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. Alberto Camiña Moreira et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário.** 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal.** In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão; Fredie Didier Jr.(coord.). Salvador: JusPodivm, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. **O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*.** In Processo Civil Coletivo. Rodrigo Reis Mazzei; Rita Dias Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão; Fredie Didier Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão; Fredie Didier Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2007.

OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez**. Doxa, nº 14, pp. 169-194 (disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15938>). Acesso em 19 dez. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20 ed. revista e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004 – v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. FARIAS, Bianca Oliveira de. **O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei da ação civil pública**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume IV. Ano 3. Rio de Janeiro: julho a dezembro de 2009.

_____. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a**

garantia do acesso à justiça. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume VIII. Ano 5. Rio de Janeiro: Julho a Dezembro de 2011.

_____. **A Teoria Geral da Mediação**, palestra proferida no Seminário “Processo Civil Contemporâneo”, realizado nos dias 22 e 23 de setembro de 2011, na Universidade Federal do Espírito Santo.

PLANO ESTRATÉGICO – MPES 2025. Vitória: Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral.** Tomo V. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile.** 5ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2006.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ.** Revista de Processo. Ano 32. N. 146. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RAIFFA, Howard. **The art & science of negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining.** Cambridge: Harvard University Press, 1982.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**, 4ª ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997 – v. 2.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REDONDO, Bruno Garcia. **Ônus da Prova e Distribuição Dinâmica: lineamentos atuais.** In Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. Alberto Camiña Moreira et al (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública (art. 4º da Lei 8.437/1992 e art. 12, § 1º, da LACP)**. In *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Breves considerações sobre o inquérito civil**. In *A Ação Civil Pública após 25 anos*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Inquérito Civil e Termo de Ajuste de Conduta: limites à atuação do Ministério Público**. In *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Alberto Camiña Moreira et al. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSENFELD, Denis Lerrer. Entrevista concedida à Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, 11 de maio de 2011. Edição 2.216. Ano 44. Nº 19.

ROUBIER, Paul. **Droits subjectifs et situations juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6ª ed. italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paolo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999 – v. 3.

SADEK, Maria Tereza. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 12. Jan/Jun 2009.

SANCHES, Eduardo Walmory. **A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. **Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica RJ, 2006.

SENNA, Gustavo. **A fase pré-processual na tutela repressiva da improbidade administrativa**. Artigo inédito, 2011.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Paulo Márcio da. **Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAPSCOTT, Don. Entrevista concedida à Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, 13 de abril de 2011. Edição 2.212. Ano 44. Nº 15.

VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. Paris: PUF, 2009.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade**. In *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETI JR. Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

_____. **Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo procedimental de democracia (Parte I)**. In *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. José Miguel Garcia Medina et al. (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo**. in *O Novo Processo Civil Coletivo*. Guilherme José Purvin de Figueiredo; Marcelo Abelha Rodrigues (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

_____. **A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia**. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e Efetividade do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.